



SYDDANSK UNIVERSITET  
UNIVERSITY OF SOUTHERN DENMARK

Juridisk Institut  
Campusvej 55  
5230 Odense M

Tlf. 6550 1000  
Fax 6593 0726  
law@sam.sdu.dk

Folketingets Skatteudvalg  
Folketinget  
Christiansborg  
1240 København K

Dato: 14. marts 2005  
J. nr.  
Ref. SFH/ija

Til Folketingets Skatteudvalg

Jeg tillader mig hermed med henblik Skatteudvalgets behandling af lovforslag L 121 at fremsende et notat angående forholdet mellem det såkaldte "globalpuljeprincip", der er indeholdt i lovforslaget, og fællesskabsretten.

Med venlig hilsen

Professor Søren Friis Hansen  
Juridisk Institut  
Syddansk Universitet

KOPI

## Notat til Folketingets skatteudvalg vedr. L 153<sup>1</sup>

### Vurdering af Globalpuljeprincippet i forhold til gældende fællesskabsret

#### 1. Lovforslag L 153 og dets baggrund

##### 1.1 Generelt om L 153

Danmark har hidtil været et af de få lande, der tillader, at også selskaber, der ikke i skattemæssig henseende er hjemmehørende i Danmark, indgår i en frivillig sambeskatning. De danske regler vedrørende sambeskatning har i et stykke tid været i fokus i den politiske debat. I det tidlige forår 2004 nedsatte Skatteministeriet derfor et særligt ekspertudvalg med henblik på at analysere disse regler. Udvalget skulle gennemgå de danske regler om sambeskatning. Formålet med udredningen skulle være, at sikre, at reglerne fungerer fleksibelt og hensigtsmæssigt for så vel virksomhederne som skattemyndighederne, og at det danske regelsæt er konkurrencedygtigt i forhold til andre landes regler. Endvidere skulle det sikres, at der ikke: *»er yderligere huller eller skatteplanlægningsmuligheder, der i modstrid med lovens ånd udhuler selskabsskatten«*. Endvidere blev udvalget bedt om at overveje, om det var muligt at justere visse regler i ligningsloven og selskabsskatteloven (sidstnævnte lov forkortes i det følgende »SEL«), således at disse effektivt forhindrer udenlandske koncerner med danske subkoncerner i at undgå dansk beskatning ved at indskyde underskudsgivende udenlandske virksomheder i den danske koncern.

Sambeskatningsudvalget afgav den 25. november 2004 sin rapport, der er offentliggjort som betænkning nr. 1452.<sup>2</sup> Et flertal i udvalget anbefalede, at reglerne vedrørende sambeskatning i fremtiden baseres på en særlig »koncernfradragmodel«, således at muligheden for dansk og international sambeskatning fortsat skulle opretholdes.

Samme dag, som udvalget afgav sin betænkning, offentliggjorde skatteministeren, at ministeriet ville fremsætte et lovforslag, der var baseret på et forslag fra det mindretal i Sambeskatningsudvalget, der bestod af to embedsmænd fra skatteministeriet. Dette mindretal

anbefalede, at der indføres et såkaldt »globalpuljeprincip«. Dette princip kommer til udtryk ved et krav om, at hvis en koncern ønsker at fratække et udenlandsk underskud, så skal **alle** koncernens selskaber inddrages under sambeskatningen.

Den 15. december 2004 fremsatte Skatteministeren lovforslag L 153 for Folketinget. Lovforslaget vedrører ændring af selskabsskatteloven og andre skattelove. Forslaget indeholder flere elementer. Hovedindholdet i forslaget er en ændring af reglerne vedrørende frivillig sambeskatning. Såfremt forslaget vedtages, vil der være tale om den mest indgribende ændring af dansk selskabsbeskatning siden vedtagelsen af statsskatteloven af 1903. De hidtidige regler vedrørende frivillig sambeskatning foreslås ophævet og erstattes af det såkaldte

<sup>1</sup> Såfremt lovforslag L 153 måtte blive vedtaget af Folketinget, forventes dette notat at blive offentliggjort som en artikel i et retsvidenskabeligt tidsskrift.

<sup>2</sup> Jvf. Rapport fra Sambeskatningsudvalget, November 2004, udgivet som betænkning 1452. Udvalgets kommissorium er givet på s. 4-5.

»globalpuljeprincip«, jvf. lovforslagets § 1, nr. 9, der lægger op til en gennemgribende omkalfatring af den nugældende bestemmelse i selskabsskattelovens § 31. Den version af globalpuljeprincippet, der er lagt til grund i L 153, afviger på væsentlige punkter fra den version af princippet, der er foreslået af det nævnte mindretal i Sambeskatningsudvalget, idet globalpuljeprincippet i lovforslaget giver sig udtryk i to forskellige regelsæt.

For selskaber, der ikke er hjemmehørende i Danmark i skattemæssig henseende, er globalpuljeprincippet udformet på den måde, at en koncern kan vælge mellem at lade samtlige disse selskaber indgå i sambeskatningen eller at lade samtlige disse selskaber stå uden for sambeskatningen.

For så vidt angår selskaber, der i skattemæssig henseende er hjemmehørende i Danmark, foreslås det, at koncernforbundne selskaber, som ejes af samme aktionærkreds, skal tvinges til at indgå i en sambeskatning, der skal omfatte samtlige selskaber, der er hjemmehørende i Danmark, samt samtlige faste driftssteder og faste ejendomme, som er beliggende i Danmark. For selskaber omfattet af denne regel, er der **ikke** mulighed for at fravælge sambeskatning. Denne del af lovforslaget er ikke omtalt i rapporten fra Sambeskatningsudvalget, ligesom den kun er sporadisk omtalt i bemærkningerne til lovforslaget.

De regler, der er foreslået i L 153 vedrørende sambeskatning, indebærer et helt uoverskueligt antal problemstillinger af skatteretlig og selskabsretlig karakter. Formålet med dette notat er derfor alene at analysere lovforslagets bestemmelser vedrørende tvungen sambeskatning for hhv. selskaber, der er hjemmehørende i Danmark og selskaber, der ikke er hjemmehørende i Danmark, i **forhold til gældende fællesskabsret**. Notatet er udarbejdet på baggrund af det forslag, der er fremlagt i Folketinget den 15. december 2004

## 1.2 Sammenfatning af analysen

Det vil i den nedenstående analyse blive dokumenteret, at de foreslåede regler om tvungen sambeskatning i lovforslag L 153 vil indebære en så klar tilsidesættelse af gældende fællesskabsret, at disse regler aldrig vil kunne håndhæves af de danske myndigheder.

Der lægges op til, at samtlige selskaber, der er koncernforbundne i medfør af forslaget, hæfter solidarisk for den skattegæld, der påhviler hvert enkelt af de koncernforbundne selskaber for det enkelte indkomstår. Den foreslåede regel om solidarisk hæftelse for koncernens samlede skattegæld indebærer et grundlæggende brud med princippet om, at en aktionær eller anpartshaver alene hæfter over for selskabets kreditorer for selskabets forpligtelser med sit kapitalindskud (nedenfor afsnit 2.1). Tilsidesættelsen af dette grundlæggende princip har **helt uoverskuelige følger** for de selskaber, der omfattes af de foreslåede regler vedrørende tvungen sambeskatning (afsnit 2.2). Den foreslåede regel vedrørende solidarisk hæftelse for koncernens skattegæld vil imidlertid tillige indebære en klar tilsidesættelse af en række fællesskabsretlige regler (afsnit 2.3).

Det dokumenteres således:

- at der med forslaget lægges op til en lovfæstet regel om solidarisk hæftelse for koncernforbundne selskabers skattegæld, som er uforenelig med **Forordningen om det europæiske selskab (Forordning 2157/2001 EF)**, jvf. denne forordnings artikel 1, stk. 2.
- at der indføres en lovfæstet regel om solidarisk hæftelse for koncernforbundne selskabers skattegæld, der er uforenelig med det **12. selskabsretlige direktiv (Direktiv 89/667/EØF)** for så vidt angår helejede aktie- og anpartsselskaber.

- at den foreslåede regel vedrørende solidarisk hæftelse for koncernens skattegæld er i klar strid med EF-traktatens artikel 43 for så vidt angår selskaber, der i skattemæssig henseende er hjemmehørende i Danmark, men som i selskabsretlig henseende er underlagt reglerne i en anden medlemsstat. Tilsvarende gælder for faste driftssteder, der er beliggende i Danmark, men som tilhører et selskab, der i selskabsretlig henseende er stiftet i henhold til en anden medlemsstats lovgivning.

De foreslåede regler vedrørende tvungen sambeskatning vil i øvrigt generelt indebære en tilsidesættelse af gældende fællesskabsret (nedenfor afsnit 3). Det kan således slås fast:

- at den foreslåede regel vedrørende tvungen sambeskatning af danske selskaber indebærer en **hindring** for etableringsfriheden (**EF-traktatens artikel 43, jvf. artikel 48**) og for kapitalens frie bevægelser (**EF-traktatens artikel 56**),
- at den foreslåede regel vedrørende tvungen sambeskatning af udenlandske selskaber ligeledes indebærer en **hindring** for kapitalens fri bevægelighed og for etableringsfriheden,
- Dette skyldes, at forslaget om tvungen sambeskatning gør det mindre attraktivt for borgere og virksomheder at etablere sig i Danmark gennem et datterselskab og at investere i danske selskaber. Den foreslåede tvungne sambeskatning gør det ligeledes vanskeligere for danske selskaber at tiltrække investeringer fra udlandet. De foreslåede regler vedrørende tvungen sambeskatning indebærer derfor en **restriktion**, der principielt er i strid med gældende fællesskabsret.
- at der ved de to regelsæt etableres en **forskelsbehandling** på grundlag af, om et datterselskab har hjemsted i Danmark (tvungen sambeskatning i alle tilfælde) eller i en anden medlemsstat (tvungen sambeskatning af alle koncernforbundne selskaber eller fravalg af sambeskatning for alle koncernforbundne selskaber), der ikke er forenelig med EF-traktatens artikel 43 og artikel 56.

De foreslåede regler om tvungen sambeskatning indebærer således en **hindring** for to af de grundlæggende traktatsikrede frihedsrettigheder. Det fremgår af bemærkningerne til lovforslag L 153, at hindringen kan **retfærdiggøres** under henvisning til **sammenhængen i beskatningsordningen**, idet dette udsagn dog alene vedrører de foreslåede regler vedrørende udenlandsk sambeskatning. Dette udsagn er imidlertid ikke korrekt (nedenfor afsnit 4). Sammenhængen i beskatningsordningen vil således **ALDRIG** kunne retfærdiggøre en regel som »globalpuljeprincippet«. Dette skyldes:

- at formålet med indførelse af globalpuljeprincippet er at forhindre, at den danske stat mister skatteprovenu, hvilket **ikke er et lovligt formål** i fællesskabsretlig henseende,
- at det følger af EF-domstolens faste praksis, at sammenhængen i beskatningsordningen aldrig kan påberåbes i forhold til en skattemæssig regel, der **rammer to forskellige juridiske personer**, som det er tilfældet med de foreslåede regler, forskellige datterselskaber i en koncern,

- at det er en forudsætning for at påberåbe sig sammenhængen i beskatningsordningen, at den nationale foranstaltning **vedrører en og samme transaktion**, hvilket ikke er tilfældet med de foreslåede regler, samt
- At det foreslåede indgreb **går langt videre end det er nødvendigt**, og at det dermed er uproportionalt.

For så vidt angår de foreslåede regler vedrørende tvungen sambeskatning af danske selskaber og forskelsbehandlingen mellem selskaber, der er hjemmehørende på den ene side i Danmark og på den anden side udlandet, indeholder lovforslagets bemærkninger intet forsøg på at retfærdiggøre de konstaterede hindringer.

Det kan på denne baggrund uden nogen tvivl konkluderes, at de foreslåede regler vedrørende tvungen sambeskatning **indebærer en hindring for de traktatsikrede frihedsrettigheder, der ikke er forenelig med gældende fællesskabsret.**

Samtlige de nævnte fællesskabsretlige regler er umiddelbart gældende i Danmark. Da disse regler har **forrang** for en modstridende dansk lov, indebærer dette, at de foreslåede regler vedrørende tvungen sambeskatning **ikke lovligt vil kunne håndhæves af de danske skattemyndigheder** over for borgere eller selskaber, selvom de måtte blive vedtaget af Folketinget. Det indebærer tillige, at de danske domstole har pligt til at undlade at anvende disse regler, såfremt der måtte opstå en retlig tvist mellem de danske myndigheder og en borger eller virksomhed vedrørende disse regler. Endelig indebærer dette, at den **danske stat utvivlsomt vil ifalde erstatningsansvar** over for de borgere eller virksomheder, der måtte lide et tab som en følge af, at de danske skattemyndigheder eller de danske domstole i strid med fællesskabsretten måtte forsøge at håndhæve de foreslåede regler vedrørende tvungen sambeskatning.

Samlet set må det på denne baggrund anbefales, at lovforslag L 153 trækkes tilbage i sin helhed.

### 1.3 Tvungen dansk sambeskatning

De nugældende danske regler vedrørende sambeskatning er baseret på, at reglerne i hovedsagen er frivillige, og at det er en betingelse, at moderselskabet som altovervejende hovedregel ejer 100 % af aktierne eller anparterne i de selskaber, der skal indgå i sambeskatningen.

Med det foreslåede »globalpuljep princip«, som er konkretiseret i forslaget til SEL § 31, stk. 1, lægges der op til en fuldstændig tilsidesættelse af de principper, som selskabsskatteloven er bygget på. De foreslåede regler indebærer, at sambeskatning nu skal være tvungen i forhold til samtlige selskaber, der i skattemæssig henseende anses for hjemmehørende i Danmark. Den tvungne sambeskatning skal tillige omfatte samtlige de faste driftssteder af selskaber, der i skattemæssig henseende ikke er hjemmehørende i Danmark, som er beliggende her i landet, samt tillige samtlige faste ejendomme, der er beliggende her i landet.

Det er for så vidt noget overraskende at konstatere, at dette brud med grundlæggende skatteretlige og selskabsretlige principper overhovedet ikke er omtalt hverken i Sambeskatningsudvalgets rapport, og at den foreslåede bestemmelse i SEL § 31, stk. 1, kun er ganske sporadisk omtalt i lovforslagets bemærkninger.

Bestemmelsen vedrørende tvungen dansk sambeskatning lyder som følger:

**L 153 § 1, nr. 9 (SEL § 31, stk. 1):** »*Koncernforbundne selskaber og foreninger mv. omfattet af § 1, stk. 1, nr. 1-2a, 2c-2f, 3a-5, 5b, eller § 2, stk. 1, litra a og b, sambeskattes. Alle koncernforbundne danske selskaber og foreninger mv. samt faste driftssteder og faste*

*ejendomme beliggende i Danmark deltager i sambeskatningen. I stk. 2-16 sidestilles faste ejendomme med faste driftssteder.»*

Det bemærkes særligt, at den foreslåede regel om tvungen sambeskatning for selskaber, der i skattemæssig henseende er hjemmehørende i Danmark, omfatter ikke blot dansk registrerede aktie- og anpartsselskaber, men tillige aktie- og anpartsselskaber, som i *selskabsretlig henseende* er hjemmehørende i en anden stat, men som har placeret *ledelsens sæde* i Danmark, jvf. selskabskattelovens § 1, stk. 6.

#### **1.4 Tvungen udenlandsk sambeskatning**

I forslaget til selskabsskattelovens § 31, stk. 2, opstilles en regel vedrørende tvungen sambeskatning af selskaber, der i skattemæssig henseende er hjemmehørende i udlandet. Denne bestemmelse er som anført baseret på udtalelser fra det mindretal i Sambeskatningsudvalget, der blev udgjort af de to embedsmænd, der var ansat hos skattemyndighederne. Denne del af forslaget begrundes i Rapporten om sambeskatning med (s. 28f), at:

- koncernen bør beskattes af sin globale indkomst, hvis koncernen ønsker at udnytte underskud i andre koncernselskaber, end der, hvor det opstår,
- at skatteevneprincippet tilsiger, at »globalpuljningen« bør omfatte såvel underliggende som overliggende selskaber,
- at globalpuljning gør regelsættet robust over for uønsket skatteplanlægning
- at det forudsættes, at ejergrænsen nedsættes fra 100 % til mere end 50 %
- at principperne i skattestoppet tilsiger, at den eventuelt forøget selskabsskat udløser en tilsvarende lettelse i skattesatsen for selskaber.

Forslaget vedrørende tvungen sambeskatning af udenlandske selskaber, der er en nyskabelse i forhold til gældende dansk ret, lyder som følger:

**L 153 § 1, nr. 9 (SEL § 31, stk. 2):** »De koncernforbundne selskaber, som sambeskattes efter stk. 1, kan vælge, at sambeskatningen tillige skal gælde alle koncernforbundne udenlandske selskaber og foreninger mv., i hvilket ingen af deltagerne hæfter personligt for selskabets forpligtelser og som fordeler overskuddet i forhold til deltagerens indskudte kapital. Tilvalget gælder tillige alle faste driftssteder, der er beliggende i udlandet, og som tilhører de sambeskattede danske og udenlandske selskaber og foreninger mv. Er et eller flere datterselskaber hjemmehørende i udlandet, skal disse inddrages, selvom der ikke er tale om et koncernforbundet selskab efter stk. 3, såfremt de danske selskaber mv., der inddrages under sambeskatningen, enten selv eller sammen med Industrialiseringsfonden for Udviklingslandene, Investeringsfonden for Østlandene eller Investeringsfonden for Vækstmarkeder ejer hele den del af de udenlandske datterselskabers aktiekapital, som efter lovgivningen i det pågældende land kan ejes af selskaber mv. her i landet. 1.-3. pkt. finder tilsvarende anvendelse på et selskab m.v. som nævnt i stk. 1, som ikke er koncernforbundet med andre danske selskaber m.v. eller faste driftssteder beliggende i Danmark.«

### 1.5 Koncernbegrebet i L 153

Den nugældende bestemmelse vedrørende frivillig sambeskatning i SEL § 31 er baseret på en snæver koncerndefinition, idet frivillig sambeskatning mellem et moderselskab og et datterselskab i henhold til SEL § 31, forudsætter at moderselskabet ejer samtlige aktier eller anparter i datterselskabet, bortset fra aktier eller anparter, der ejes af datterselskabets medarbejdere. De foreslåede regler vedrørende tvungen sambeskatning er baseret på et koncernbegreb, der er væsentligt mere omfattende end det hidtidige koncernbegreb i SEL § 31. Det koncernbegreb, der lægges til grund for anvendelse af reglen vedrørende tvungen sambeskatning, er baseret på den gældende bestemmelse i kursgevinstlovens § 4, stk. 2,<sup>3</sup> jvf. L 153 § 1, nr. 9 (forslaget til SEL § 31, stk. 3):

**L 153 § 1, nr. 9: (Forslag til SEL § 31, stk. 3):** »Ved koncernforbundne selskaber forstås selskaber mv., som på noget tidspunkt i indkomståret har samme aktionærkreds, jf. kursgevinstlovens § 4, stk. 2. Aktionærer, som nævnt i aktieavancebeskatningslovens § 11, stk. 3, anses dog ikke som én og samme aktionær.«

Ved koncernforbundne selskaber forstås herefter i henhold til kriterierne i kursgevinstlovens § 4, stk. 2:

- 1) selskaber og foreninger mv., hvor samme aktionærkreds beståede af selskaber mv. direkte eller indirekte ejer mere end 50 pct. af kapitalen i hvert selskab,
- 2) selskaber og foreninger mv., hvor samme aktionærkreds beståede af selskaber mv. direkte eller indirekte råder over mere end 50 pct. af stemmerne i hvert selskab,
- 3) en fond og selskaber, hvori fonden direkte eller indirekte ejer mere end 50 pct. af kapitalen i hvert selskab, eller
- 4) en fond og selskaber, hvori fonden direkte eller indirekte råder over mere end 50 pct. af stemmerne i hvert selskab.

Der er tale om en ekstremt vidtgående udvidelse af området for sambeskatning. Omfattet af de foreslåede regler vedrørende tvungen sambeskatning er således ikke blot datterselskaber og datterdatterselskaber, men tillige søsterselskaber, selskaber, der er datterselskaber i forhold til et søsterselskab, samt selskaber, der er moderselskab til et søsterselskab.

Anvendelse af begrebet »samme aktionærkreds« indebærer, at ethvert retssubjekt, der kan eje aktier eller anparter, kan være »moderselskab« i en koncern, der omfattes af reglerne, uanset om det pågældende retssubjekt er skattesubjekt eller ej. For de selskaber, der skal omfattes af sambeskatningen, er det derimod selvsagt en betingelse, at der er tale om et selvstændigt skattesubjekt, der er omfattet af forslaget til SEL § 31, stk. 1.

Den foreslåede koncerndefinition indebærer således, at to aktieselskaber, der i skattemæssig henseende er hjemmehørende i Danmark og som kontrolleres af en bestemt fysisk person, en bestemt fond, et bestemt interessentskab eller et bestemt kommanditselskab (hvv. partnerselskab), vil være omfattet af reglerne vedrørende tvungen sambeskatning.

<sup>3</sup> Se for en analyse af det skatteretlige koncernbegreb Jakob Bundgaard, i Festskrift til Ole Bjørn (2004), s. 61-82, og særligt vedrørende kursgevinstlovens § 4, stk. 2, s. 74-79.

Den foreslåede afgrænsning af, hvad der forstås ved koncernforbundne selskaber, indebærer imidlertid tillige, at samtlige aktieselskaber og andre selskaber, der er omfattet af de foreslåede regler, jvf. forslaget til SEL § 31, stk. 1, som kontrolleres af **den danske stat**, skal indgå i én samlet tvungen sambeskatning, ligesom samtlige aktieselskaber, der ejes af eksempelvis **Københavns Kommune** (eller af en hvilken som helst anden kommune), skal indgå i én samlet tvungen sambeskatning.

Det kan på denne baggrund konkluderes, at de foreslåede regler vedrørende tvungen sambeskatning er formuleret på en sådan måde, at de i givet fald vil ramme **en meget betydelig del af det samlede antal danske aktie- og anpartsselskaber**.

## 2. Solidarisk hæftelse for koncernens skattegæld

### 2.1 Den begrænsede hæftelse som et bærende princip i selskabsretten

Siden selskabsrettens barndom har adgangen til at stifte selskaber, hvor selskabsdeltagerne alene hæfter over for selskabets kreditorer for selskabets gæld med deres kapitalindskud, været afgørende for erhvervslivets udvikling. Dette betegnes som reglen om begrænset hæftelse, og der er tale om et grundlæggende princip i alle lande i den vestlige verden. Det hedder således om reglen vedrørende »limited liability« hos Gower and Davies' Principles of Modern Company Law:<sup>4</sup>

*»The company laws of all economically advanced countries make available corporate vehicles through which businesses can be carried on with the benefit of limited liability for their shareholders«.*

I bogen »The Anatomy of Company Law«, analyserer en række forfattere selskabsrettens grundelementer i et globalt perspektiv. Det hedder her om den begrænsede hæftelse:<sup>5</sup>

*»Historically limited liability has not always been associated with the corporate form. Some important corporate jurisdictions long made unlimited liability for corporate debts the governing rule. Nevertheless, today limited liability has become a nearly universal feature of the corporate form. This evolution indicates strongly the value of limited liability as a contracting tool and financing device.«*

I dansk ret anerkendte Højesteret ved en dom i 1827, at der kunne stiftes selskaber, hvor selskabsdeltagerne alene hæftede for selskabets gæld med deres kapitalindskud.<sup>6</sup> Allerede ved vedtagelsen af den første danske aktieselskabslov i 1917, blev dette princip lovfæstet, og det findes i dag i aktieselskabslovens § 1, stk. 2 (svarende til anpartsselskabslovens § 1, stk. 2):

*»Aktionærerne i et aktieselskab hæfter ikke personligt for selskabets forpligtelser«*

<sup>4</sup> Jvf. Gower and Davies', Principles of Modern Company Law (7th ed. 2003), s. 176.

<sup>5</sup> Jvf. Kraakmann m.fl., The Anatomy of Company Law (Oxford University Press, New York, 2004), s. 8f. Der henvises i en fodnote til, at princippet om begrænset hæftelse først indførtes i England i midten af det nittende århundrede og i Californien i 1931.

<sup>6</sup> Jvf. hertil Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel, Lærebog i selskabsret I (1999), s. 88.



Der er ikke tvivl om, at den begrænsede hæftelse er et af aktieselskabsrettens bærende principper, som har været af afgørende betydning for aktieselskabsformens udbredelse.<sup>7</sup> Gomard anfører således om aktieselskabsrettens grundprincipper bl.a.<sup>8</sup>:

*»Kun selskabet hæfter for virksomhedens forpligtelser. Hverken stifterne, aktionærene eller senere ejere af aktierne hæfter for selskabets forpligtelser (§ 1, stk. 2). Aktionærernes risiko ved virksomhedens forlis kan derfor ikke overstige det beløb, for hvilket aktionærene har tegnet eller købt aktier, medmindre aktionærene har kautioneret eller har påtaget sig ansvar efter erstatningsrettens regler«.*

Princippet om begrænset hæftelse gælder selvsagt også i de tilfælde, hvor aktionærene eller anpartshaverne i et selskab er andre selskaber med begrænset hæftelse.<sup>9</sup> Det er således anerkendt overalt i den industrialiserede verden, at en koncern kan begrænse risikoen ved et bestemt projekt ved at lade dette udføre inden for rammerne af et i retlig henseende selvstændigt datterselskab. Det er endvidere klart, at princippet om begrænset hæftelse gælder for samtlige typer af krav, der kan rejses mod selskabet, herunder krav på betaling af skatter og afgifter, der påhviler selskabet.

Ved en afgørelse fra 1991 slog Ringkøbing skifteret således fast, jvf. TfS 1992, 81, at der ikke uden lovhjemmel var grundlag for at pålægge et selskab en solidarisk hæftelse for skattegæld, der påhvilede andre selskaber, der indgik i en sambeskatning med det pågældende selskab. På denne baggrund blev der ved lov nr. 1118 af 22. december 1993 indsat en udtrykkelig hjemmel i SEL § 31, til at pålægge sambeskattede selskaber en solidarisk hæftelse for den samlede skat, der påhviler de selskaber, der indgår i sambeskatningen.<sup>10</sup> I henhold til den nugældende bestemmelse i SEL § 31, stk. 3, 3. pkt, hæfter de sambeskattede selskaber solidarisk for indkomstskat, restskat samt tillæg og renter vedrørende indkomståret.<sup>11</sup>

Skatteministeren lægger med Lovforslag L 153 op til et historisk brud med princippet om, at en aktionær kun hæfter for selskabets gæld med sit kapitalindskud. Lovforslag L 153 indeholder således i § 1, nr. 9 (forslag til SEL § 31, stk. 7, 7. pkt.) følgende bestemmelse vedrørende de omfattede selskabers hæftelse for koncernens skattegæld:

*»De sambeskattede selskaber hæfter solidarisk for indkomstskat, acontoskat, restskat samt tillæg og renter vedrørende indkomståret«.*

Det hedder herom i bemærkningerne til den foreslåede SEL § 31, stk. 7:

<sup>7</sup> Se hertil Jan Schans Christensen, *Kapitalselskaber* (2003), s. 127, der konstaterer: *»Den begrænsede hæftelse for kapitalselskaber har været væsentlig for disse selskabers udbredelse og succes som selskabsform.«*

<sup>8</sup> Jvf. *Selskabsretten* (1999), s. 67f.

<sup>9</sup> Se hertil Søren Friis Hansen, *Europæisk koncernret* (1996), s. 316f og s. 386f.

<sup>10</sup> En udtrykkelig hjemmel til solidarisk hæftelse blev ved lov nr. 1118 af 22. december 2002 indsat i SEL § 31, stk. 3. Af forarbejderne til denne bestemmelse fremgår bl.a., jvf. FT 1993-94 A, sp. 1538: *»Da skatteberegningen og opkrævningen som nævnt skal foretages hos moderselskabet mv., vil det være naturligt og hensigtsmæssigt at indføre solidarisk hæftelse for selskaberne mv. Det foreslås derfor at indføre solidarisk hæftelse for indkomstskat, acontoskat, restskat samt tillæg og renter, der vedrører de indkomstår, hvor selskaberne mv. har været sambeskattede.«*

<sup>11</sup> Jvf. hertil Anja Svendgaard, *Frivillige og tvungen sambeskatning af selskaber* (2001), s. 131f.

*»Ligesom i det gældende regelsæt skal de sambeskattede selskaber hæfte solidarisk for acontoskat, restskat samt tillæg og renter vedrørende indkomståret«.*

Denne udtalelse er vildledende, for så vidt den leder læseren til den konklusion, at der er tale om en uændret videreførsel af gældende ret. Den hidtidige regel var baseret på et princip om, at sambeskatning var frivillig, og at den kun omfattede helejede datterselskaber. Den foreslåede regel om sambeskatning er tvungen, og den omfatter et betydeligt større antal selskaber end hidtil (ovenfor afsnit 1.4). Såfremt den foreslåede bestemmelse i SEL § 31, stk. 7, 7. pkt., bliver vedtaget, indebærer dette reelt et brud med det grundlæggende princip om begrænset hæftelse for aktionærer og anpartshavere for så vidt angår koncernforbundne selskaber.

Det kan ikke indvendes mod dette argument, at det jo kun er sjældent, at et koncernselskab går konkurs med en skattegæld. For det første gælder de foreslåede regler som anført for at langt større antal selskaber end de nugældende regler, og for det andet er den begrænsede hæftelse jo kun noget værd, såfremt den fastholdes, når der er brug for den.<sup>12</sup>

## 2.2 Konsekvenserne af en tilsidesættelse af den begrænsede hæftelse

Den tilsidesættelse af princippet om begrænset hæftelse, som vil blive en konsekvens, såfremt L 153 vedtages i dets oprindelige form, har helt uoverskuelige civilretlige konsekvenser. I tilfælde af, at et koncernselskab går konkurs, vil skattemyndighederne have sikret sig en fortrinsstilling over for de andre kreditorer, der har krav mod andre koncernselskaber, der er *uden fortilfælde i dansk ret*.

I tilfælde af, at et koncernselskab likvideres, har det hidtil været et grundlæggende selskabsretlig princip, at de krav, der består mod selskabet, bortfalder i forbindelse med den procedure, der iværksættes som konsekvens af beslutningen om likvidation, jvf. nærmere aktieselskabslovens § 123. Den aktionær eller anpartshaver, der i god tro har modtaget et eventuelt likvidationsprovenu, efter at proklamafristen er udløbet og alle anmeldte krav er blevet dækket, hæfter ikke over for en kreditor, hvis krav mod selskabet ikke har været anmeldt til likvidationsboet, jvf. hertil udtrykkeligt UfR 1992.640V.

Disse principper tilsidesættes af den foreslåede regel vedrørende tvungen sambeskatning. Skattemyndighederne kan i tilfælde af et koncernselskabs konkurs gå "cherry-picking" i koncernen, og hente deres tilgodehavende i ethvert af de øvrige koncernselskaber til skade for disses kreditorer. Den solidariske hæftelse for et koncernselskabs skattegæld, der påhviler de øvrige koncernforbundne selskaber, bortfalder ikke ved det enkelte selskabs likvidation. Såfremt det efter en likvidation måtte vise sig, at der bestod et udækket skattekrav mod et koncernforbundet selskab, kan skattemyndighederne gøre dette krav gældende mod ethvert af de selskaber, som på tidspunktet for skattekravets opståen var koncernforbundet med selskabet.

En anden væsentlig konsekvens af den solidariske hæftelse for koncernens skattegæld er, at hvert enkelt selskab i koncernen har pligt til at opføre koncernens samlede gæld som en **eventualforpligtelse i selskabets årsrapport**. Dette følger for dansk ret af bestemmelsen i årsregnskabslovens § 64. Der skal i årsrapporten gives særskilt oplysning om forpligtelser over for en modervirksomhed og dennes øvrige dattervirksomheder, jvf. ÅRL § 64, stk. 3. Bestemmelserne i ÅRL § 64 kan ikke fraviges i dansk ret, da ÅRL § 64 implementerer bestemmelsen i det fjerde selskabsretlige direktivs artikel 43, stk. 7.

<sup>12</sup> Gomard anfører således træffende, jvf. Aktie- og anpartsselskaber (4. udg. 2000), s. 83: *»Et begrænset ansvar har kun mening, hvis det fastholdes, når der er udsigt til, at begrænsningen bliver aktuel! Et helejet datterselskab - og andre enkeltmandsselskaber - er forskelligt fra et selskab med spredte aktier, men 12. Direktiv, der blev implementeret i Danmark ved lov nr. 289 af 8. maj 1991, anerkender, at ansvarsbegrænsningen også gælder i enkeltmandsselskaber«.*

Ved en **fusion** overtager det fortsættende selskab de ophørende selskabers rettigheder og pligter ved **universalsuccession**, jvf. aktieselskabslovens § 134h, stk. 1. Dette indebærer, at såfremt et af de selskaber, der deltager i fusionen, indgår i en koncern, jvf. forslaget til SEL § 31, stk. 3, vil det fortsættende selskab i forbindelse med fusionen overtage den solidariske hæftelse, der på tidspunktet for fusionen påhviler dette selskab for *den pågældende koncerns samlede skattegæld*. Såfremt et selskab, der i indkomståret 2005 er koncernforbundet, fusionerer med et selskab, som i indkomståret 2005 indgår i en anden koncern, vil det fortsættende selskab således hæfte solidarisk for den samlede skattegæld, der for indkomståret 2005 påhviler begge koncerner!

Det er overflødigt at dokumentere, at den foreslåede hæftelsesregel vil gøre det uhyre vanskeligt for et selskab, der er omfattet af reglerne om tvungen sambeskatning, at indgå i en fusion, med selskaber, som har indgået i en anden koncern.

Den solidariske hæftelse for koncernens skattegæld bortfalder ved **forældelse**. For så vidt angår forældelse er det offentliges krav på betaling af skat omfattet af forældelsesloven, jvf. denne lovs § 1, stk. 1, nr. 4.<sup>13</sup> Krav på tilbagebetaling af skat, der er opstået som følge af en ekstraordinær skatteansættelse, er omfattet af skattestyrelseslovens § 35.<sup>14</sup> I henhold til skattestyrelseslovens § 35, stk. 4, som affattet ved lov nr. 410 af 2. juni 2003, er et skattekrav, der opstået som følge af visse typer af ansættelser, undtaget fra forældelseslovens regler.<sup>15</sup> Forældelsesreglerne indebærer, at et selskab, der har været sambeskattet i indkomståret 2005, som udgangspunkt hæfter solidarisk for den skattegæld vedrørende indkomståret, der påhviler ethvert selskab, der i dette indkomstår indgik i koncernen, indtil udgangen af 2010. Under alle omstændigheder afbrydes forældelsen i en række tilfælde. Det er på denne baggrund meget vanskeligt for en koncern, at danne sig et overblik over det samlede beløb, hvormed koncernens selskaber hæfter solidarisk over for skattemyndighederne.

Den solidariske hæftelse for andre koncernforbundne selskabers skattegæld har imidlertid ikke kun betydning i tilfælde af, at et koncernselskab går konkurs eller bliver likvideret. Såfremt et koncernforbundet selskab har et krav mod skattemyndighederne *vedrørende tilbagebetaling af skat, tilbagebetaling af afgifter, rentegodtgørelse, eller andre krav*, vil skattemyndighederne, såfremt L 153 bliver vedtaget, kunne **modregne** deres eventuelle krav på restskat hos ethvert af de øvrige koncernforbundne selskaber, således at det selskab, der har krav på tilbagebetaling fra skattemyndighederne, reelt kommer til at betale for et - tilfældigt - koncernforbundet selskabs restskat. Det bemærkes hertil, at skattemyndighederne kan **modregne ethvert krav på tilbagebetaling**, der tilkommer et hvilket som helst koncernselskab, så længe det krav på

<sup>13</sup> Jvf. nærmere om forældelsesreglernes anvendelse på skattekrav, Bo von Eyben, Forældelse I (2003), s. 83-97.

<sup>14</sup> Jvf. Lovbekendtgørelse nr. 868 af 12. august 2004.

<sup>15</sup> Bestemmelsen i skattestyrelseslovens § 35, stk. 4, lyder: »*Krav afledt af en skatteansættelse foretaget efter stk. 1, nr. 4, 7 og 8, er ikke undergivet forældelse efter lov nr. 274 af 22. december 1908 om forældelse af visse fordringer*«. De pågældende bestemmelser i stk. 1, lyder som følger: nr. 4: »*En udenlandsk skattemyndighed har truffet en afgørelse, der har betydning for beskatningen af den skattepligtige. Det er en betingelse, at den danske skattemyndighed anerkender afgørelsen.*« Nr. 7: »*Hidtidig praksis er endeligt underkendt ved en dom, en landsskatteretskendelse, skatteministerens beslutning efter § 32, 2. pkt., eller en praksisændring offentliggjort af Skatteministeriet. I disse tilfælde kan genoptagelse foretages til gunst for den skattepligtige fra og med det indkomstår, der har været til prøvelse i den første sag, der resulterede i underkendelse af praksis, eller fra og med det indkomstår, der er påbegyndt, men endnu ikke udløbet 5 år forud for underkendelsen af praksis.*« Nr. 8: »*Skatteministeren giver efter anmodning fra den skattepligtige tilladelse til ændring af skatteansættelsen som følge af, at der foreligger særlig omstændigheder.*«

tilbagebetaling, der tilkommer skattemyndighederne, er omfattet af den foreslåede regel om solidarisk hæftelse. Den foreslåede hæftelsesregel vil således indebære en helt uoverskuelig situation for de enkelte koncernselskaber og disses øvrige kreditorer.

I store koncerner kan koncernens samlede skattegæld for et indkomstår være betydelig. Det er overflødigt at føre nærmere dokumentation for, at de foreslåede regler vedrørende solidarisk hæftelse for koncernens skat vil indebære helt uoverskuelige konsekvenser for den långiver, der har et krav mod et koncernforbundet selskab, eller for den investor, som ikke har bestemmende indflydelse over et koncernforbundet selskab. Der er på denne baggrund overvejende sandsynligt, at den foreslåede regel om solidarisk hæftelse for koncernens skattegæld vil indebære meget væsentlige ulemper for danske selskaber, og at en sådan regel vil kunne føre til ganske betydelige kursfald på danske selskabers aktier.

I øvrigt må det betegnes som stærkt vildledende over for Folketinget, at der ikke i bemærkningerne til lovforslaget er gjort opmærksom på den enestående særstatus, som de danske skattemyndigheder vil opnå som en konsekvens af forslaget på bekostning af de enkelte koncernselskabers øvrige kreditorer.

### 2.3 Forholdet til fællesskabsretten

Den foreslåede regel vedrørende solidarisk hæftelse for koncernens skattegæld indebærer imidlertid ikke blot et grundlæggende brud med et princip, der siden midten af det nittende århundrede har været af afgørende betydning for den industrialiserede verdens udvikling, som i godt 178 år har været et afgørende fundament for danske selskaber, og hvis tilsidesættelse vil påføre danske selskaber ubodelig skade i den internationale konkurrence om investeringer. Forslagets regler om solidarisk hæftelse for koncernens skattegæld indebærer tillige en **klar tilsidesættelse af en række fællesskabsretlige regler**.

Siden den 8. oktober 2004 kan der i EU stiftes europæiske selskaber, de såkaldte SE-selskaber. Disse selskaber har hjemmel i Rådets Forordning (EF) Nr. 2157/2001 (gengivet i EF Tidende L 294 af 10. november 2001, s. 1 ff). En forordning er i sin helhed alment gyldig, og er umiddelbart gældende i samtlige medlemsstater, jvf. EF-traktatens artikel 249, stk. 2. Det er klart, at en medlemsstat ikke ved nationale foranstaltninger kan fravige bestemmelser i en forordning.

Princippet om aktionærernes begrænsede hæftelse er naturligvis en del af reglerne for SE-selskaber. Det hedder således i SE-forordningens artikel 1, stk. 2:

*»Et SE-selskabs kapital er fordelt på aktier. Hver aktionær hæfter kun for et beløb svarende til den kapital, den pågældende har tegnet«*

Såfremt et dansk aktieselskab deltager i stiftelsen af et dansk SE-selskab, på en sådan måde, at det danske aktieselskab ejer mere end 50 % af aktiekapitalen i SE-selskabet, er begge selskaber omfattet af den foreslåede regel vedrørende tvungen sambeskatning, jvf. forslaget til SEL § 31, stk. 1, og stk. 3. Dette indebærer, at det danske aktieselskab som aktionær i SE-selskabet pålægges en solidarisk hæftelse for SE-selskabets samlede skattegæld.

Det turde være ufornuddent at føre yderligere dokumentation for, at den foreslåede regel i L 153 vedrørende tvungen sambeskatning, der indebærer, at en aktionær, som er et moderselskab, hæfter for den skattegæld, der påhviler datterselskabet, er i åbenbar strid med bestemmelsen i SE-forordningens artikel 1, stk. 2. En regel om tvungen sambeskatning kan således **aldrig** håndhæves over for et SE-selskab, og det er i denne forbindelse uden betydning, om der er tale om et SE-selskab, der er hjemmehørende i Danmark eller i en anden medlemsstat.

Rådet har i 1989 vedtaget et direktiv angående muligheden for at drive virksomhed, der kun ejes af en person, således at den pågældende kun hæfter for virksomhedens gæld med sit indskud. Det

drejer sig om »Rådets tolvte direktiv af 21. december 1989 på selskabsrettens område om enkeltmandsselskaber med begrænset ansvar«. <sup>16</sup>

Direktivet finder i Danmark anvendelse på anpartsselskaber, jvf. direktivets artikel 1. Det følger imidlertid af direktivets artikel 6, at direktivets regler tillige gælder for *enmands-aktieselskaber* i det omfang en medlemsstat tillader, at der stiftes sådanne selskaber i medlemsstaten. Det er tilladt efter dansk ret at stifte et aktieselskab med en aktionær, jvf. aktieselskabslovens § 3, stk. 1, hvorfor disse også er omfattet af direktivets regler.

Formålet med det 12. selskabsretlige direktiv er, at der sikres erhvervsdrivende adgang til at stifte et selskab med begrænset hæftelse, hvor der kun deltager en anpartshaver. Såfremt eksempelvis et dansk aktieselskab optræder som eneste stifter og anpartshaver i et dansk anpartsselskab, er begge selskaber omfattede af de foreslåede regler vedrørende tvungen dansk sambeskatning. Dette indebærer efter forslaget til SEL § 31, stk. 7, 7. pkt., at det danske aktieselskab hæfter solidarisk for datteranpartsselskabets skattegæld.

I direktivet findes en undtagelsesbestemmelse. Det bestemmes således i det 12. direktivs artikel 2, stk. 2, at:

*»Indtil en senere harmonisering af koncernlovgivningen har fundet sted, kan der i medlemsstaternes lovgivninger fastsættes særlige bestemmelser eller sanktioner for det tilfælde, at:*

*a) en fysisk person er eneste deltager i flere selskaber, eller*

*b) et enkeltmandsselskab eller enhver anden juridisk person er eneste deltager i et selskab«*

Denne undtagelsesbestemmelse skal fortolkes i lyset af direktivets præambel, hvoraf det fremgår at: *»denne mulighed har udelukkende til formål at tage hensyn til de særlige forhold, der forekommer i henhold til visse nationale lovgivninger.«* Den foreslåede SEL § 31, stk. 7, 7. pkt., gælder generelt i forhold til de danske skattemyndigheder, og den går derfor langt ud over denne undtagelsesbestemmelse i direktivet. <sup>17</sup>

Undtagelsesreglen er, som det fremgår af præambelen, alene møntet på nationale regler, der bestod på tidspunktet for direktivets vedtagelse, hvilket selvsagt ikke er tilfældet for den foreslåede hæftelsesregel. Endelig kan bemærkes, at den foreslåede hæftelsesregel i SEL § 31, stk. 7, 7. pkt., jo også gælder i en situation, hvor en fysisk person ejer 100 % af anparterne i ét anpartsselskab og 51 % af anparterne i et andet anpartsselskab.

Undtagelsesbestemmelsen i direktivets artikel 2, stk. 2, er udtømmende. <sup>18</sup> Det kan på denne baggrund konkluderes, at den foreslåede generelle regel i SEL § 31, stk. 7, der, såfremt den blev vedtaget, ville fratage direktivet enhver mening, er i strid med det tolvte selskabsretlige direktiv for så vidt angår aktie- og anpartsselskaber, der er omfattet af det 12. direktiv, og hvor samtlige aktier (hvv. anparter) ejes af en enkelt selskabsdeltager. Dette gælder selvsagt tillige, hvor et helejet datterselskab, der indgår i en dansk sambeskatning, er stiftet i overensstemmelse med de selskabsretlige regler i en anden medlemsstat.

<sup>16</sup> Jvf. direktiv 89/667 EØF, gengivet i EF-tidende L, nr. 95, af 30. december 1989, s. 40 ff.

<sup>17</sup> Jvf. hertil Mathias Habersack, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, (2. Aufl. 2003), s. 337, hvor det hedder: *»Eine gesetzliche Vorschrift etwa, nach der eine natürliche Person, die Alleingesellschafter einer GmbH ist, und gleichzeitig ein Einzelkaufmännisches Unternehmen betreibt oder eine Mehrheitsbeteiligung an einer anderen Gesellschaft hält, generell für die Verbindlichkeiten der GmbH einzustehen hat, wäre deshalb mit der Richtlinie nicht vereinbar.«*

<sup>18</sup> Jvf. hertil Mathias Habersack, *Europäisches Gesellschaftsrecht* (2. Aufl. 2003), s. 337f.

Såfremt tidsfristen for implementering af et direktiv er udløbet, hvilket er tilfældet for det 12. selskabsretlige direktiv, følger det af EF-Domstolens faste praksis, at et direktiv er **umiddelbart anvendeligt** i forhold til de enkelte medlemsstater, hvorved forstås, at borger og virksomheder kan støtte ret på det i forhold til en medlemsstat, der enten slet ikke har implementeret direktivet, eller som har implementeret det fejlagtigt.<sup>19</sup>

Som anført ovenfor gælder den foreslåede regel vedrørende tvungen dansk sambeskatning tillige for selskaber, der civilretligt er stiftet i henhold til andre staters lovgivning, men hvor ledelsens sæde er placeret her i landet. EF-Domstolens afgørelse af 30. september 2003 i sag C-167/01, Inspire Art angik en hollandsk lov, der fastsatte en række særlige regler for selskaber, der var stiftet i en anden stat, men hvis faktiske ledelse befandt sig i Holland.<sup>20</sup> En af disse særlige regler gik ud på, at disse selskaber skulle registrere sig i Holland som »formelt udenlandske selskaber«, og at medlemmerne af selskabets ledelse hæftede solidarisk for forpligtelser, der blev påført selskabet, så længe pligten til særskilt registrering ikke var opfyldt. Hertil konkluderede EF-domstolen, jvf. Dommens præmis 142:

142 *»Det andet spørgsmål, som den nationale ret har forelagt, skal herefter besvares med, at hverken artikel 46 EF eller hensyn til kreditorbeskyttelse, bekæmpelse af misbrug af etableringsfriheden, opretholdelse af god handelsskik eller af en effektiv skattekontrol kan begrunde den hindring, som bestemmelser i en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede om mindstekapitalen og om selskabsledelsens personlige og solidariske ansvar udgør for den etableringsfrihed, der er garanteret ved traktaten.«*

Det kan på denne baggrund konkluderes, at de foreslåede regler om solidarisk hæftelse for koncernens skattegæld indebærer en åbenbar tilsidesættelse af Traktatens bestemmelser vedrørende selskabers etableringsfrihed (Artikel 43 EF, jvf. Artikel 48 EF), idet omfang denne regel anvendes på selskaber, der er stiftet i henhold til en anden medlemsstats lovgivning, men hvor ledelsens sæde befinder sig i Danmark.

Det kan således konkluderes, at en regel om tvungen sambeskatning og deraf følgende solidarisk hæftelse for koncernens skattegæld er i strid med det 12. selskabsretlige direktiv, hvis bestemmelser på dette punkt er umiddelbart anvendelige i Danmark. De foreslåede regler er tillige i strid med SE-forordningens artikel 1, stk. 2, der gælder umiddelbart i Danmark, samt med EF-traktatens artikel 43. Den tvungne sambeskatning kan derfor under ingen omstændigheder håndhæves af de danske skattemyndigheder over for et SE-selskab, ligesom de under ingen omstændigheder kan håndhæves over for helejede aktie- og anpartsselskaber, der i henhold til reglerne i den medlemsstat, hvor der er stiftede, er omfattet af reglerne i det 12. selskabsretlige direktiv, eller over for selskaber, der er stiftet i henhold til en anden medlemsstats lovgivning, men hvor ledelsens sæder befinder sig i Danmark.

Det kan i øvrigt bemærkes i tilknytning hertil, at det 12. selskabsretlige direktiv tillige indebærer, at den transparensregel, der blev indført som selskabsskattelovens § 2 A ved lov nr. 221 af 30. marts 2004, er i strid med gældende fællesskabsret. Denne transparensregel indebærer, at et dansk anpartsselskab efter omstændighederne kan blive anset for at være skattemæssigt transparent, således at det i skatteretlig henseende behandles som et fast driftssted. Dette indebærer, at det

<sup>19</sup> Se om direktivers umiddelbare anvendelighed eksempelvis Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen, EU-retten (3. udg. 2004), s. 134f, samt Rudolf Geiger, EUV/EGV (4. Aufl. 2004), s. 837f.

<sup>20</sup> Se om de vidtgående selskabsretlige konsekvenser af Domstolens dom I Inspire Art, Søren Friis Hansen, Nordisk Tidsskrift for Selskabsret 2003, s. 431-450 med henvisninger.

danske selskabs moderselskab hæfter for den skat, der skal svares til den danske stat, hvilket er klart i strid med det 12. direktiv i de tilfælde, hvor der er tale om et anpartsselskab med en enkelt anpartshaver.<sup>21</sup>

### 3. EU-rettens betydning for L 153

#### 3.1 Fra diskriminationsforbud til restriktionsforbud

Det er i EF-domstolens faste retspraksis slået fast, at uanset skatteretten som udgangspunkt hører under medlemsstaternes kompetence, skal disse udøve deres kompetence på dette område under overholdelse af fællesskabsrettens regler.<sup>22</sup> Dette indebærer i særdeleshed, at nationale skatteretlige regler ikke må være diskriminerende i forhold til borgere og selskaber fra andre medlemsstater.

De fire friheder, der er grundpillerne i det indre marked, indebærer imidlertid ikke blot et forbud mod diskriminerende nationale regler. De traktatsikrede regler om fri bevægelighed indebærer tillige et forbud mod restriktive nationale foranstaltninger (det såkaldte **restriktionsforbud**). Indtil 2000 havde EF-domstolen været tilbageholdende med at lade restriktionsforbuddet finde anvendelse på nationale skatteretlige regler. I 2000 afsagde EF-Domstolen imidlertid en række centrale domme, hvorved det blev slået fast, at EF-traktatens frihedsrettigheder på det skatteretlige område ikke blot omfatter nationale foranstaltninger, der er diskriminerende, men tillige omfatter **restriktive nationale foranstaltninger**.<sup>23</sup>

At udviklingen gik denne vej, blev allerede dokumenteret af Christina D. Tvarnø, der analyserede spørgsmålet i sin Ph.D.-afhandling fra 2001, *Skattemæssigt underskud i selskaber i EU (DJØFs forlag)*.<sup>24</sup> Desværre har forfatterens banebrydende konklusioner vedrørende restriktionsforbudets anvendelse på nationale skatteregler hidtil ikke slået igennem i fuldt omfang i den danske skatteretlige litteratur. De traktatsikrede regler om fri bevægelighed er ikke blot regler, der skal sikre lighed mellem borgere og virksomheder fra forskellige medlemsstater, men tillige regler, der skal sikre borgernes frihed. Det hedder om restriktionsforbuddet i betænkning nr. 1452 (s. 138):

<sup>21</sup> Transparensreglen i SEL § 2 A er ikke blot i strid med det 12. Selskabsretlige direktiv. Bestemmelsen i SEL § 2 A, indebærer tillige en tilsidesættelse af reglerne i EF-traktatens artikel 43 vedrørende etableringsfriheden og artikel 56 vedrørende kapitalens fri bevægelighed, jvf. hertil nærmere Søren Friis Hansen, *Skattepolitisk Oversigt 2004*, s. 415-437.

<sup>22</sup> Domstolen har således gennem de seneste år i utallige sager slået fast, at medlemsstaterne under udøvelse af deres kompetence vedrørende skatteretlige regler skal overholde fællesskabsretten, jvf. således eksempelvis Domstolens dom af 11. august 1985 i sag C-80/94, Wielockx, præmis 16, Domstolens dom af 16. juli 1998 i sag C-264/96, ICI, præmis 19, Domstolens dom af 29. april 1999 i sag C-311/97, Royal Bank of Scotland, præmis 19, Domstolens dom af 6. juni 2000 i sag C-35/98, Verkooijen, præmis 32, Domstolens dom af 11. december 2003 i sag C-364/01, Barbier, præmis 56, Domstolens dom af 4. marts 2004 i sag C-334/02, Kommissionen mod Frankrig, præmis 21, Domstolens dom af 15. juli 2004 i sag C-242/03, Weidert & Paulus, præmis 12, Domstolens dom af 15. juli 2004 i sag C-315/02, Anneliese Lenz, præmis 19, samt senest Domstolens dom af 7. september 2004 i sag C-319/02, Manninen, præmis 19.

<sup>23</sup> Se eksempelvis Andreas Körner, *Internationales Steuerrecht*, (8/2004), s. 259f: »Eine Diskriminierung ist lediglich ein Fall einer Beschränkung. Neben - offenen wie verdeckten - Diskriminierungen auf Grund der Staatsangehörigkeit, stellen auch alle anderen Behinderungen der Ausübung der Grundfreiheiten Beschränkungen dar: Die Grundfreiheiten sind nicht nur Gleichheits-, sondern auch Freiheitsrechte.«

<sup>24</sup> Jvf. afhandlingens s. 109-130 (særligt s. 128f).

*»Udover diskriminationsforbuddet kan nationale skatteregler komme i strid med restriktionsforbuddet, der er et forbud mod at opstille hindringer for udøvelsen af den fri bevægelighed. Restriktionsforbuddet rækker potentielt videre end diskriminationsforbuddet, idet en regel – i hvert fald teoretisk – kan være i strid med restriktionsforbuddet, selv om reglen ikke indebærer en forskelsbehandling i sammenlignelige situationer.«*

Det er korrekt, at restriktionsforbuddet omfatter langt flere nationale skatteretlige regler end diskriminationsforbuddet. Det er imidlertid en ukorrekt gengivelse af gældende fællesskabsret, når det anføres, at denne konklusion alene er baseret på en teoretisk baseret regel. Siden 2000 har EF-Domstolen således anvendt restriktionsforbuddet på nationale skatteretlige regler i et betydeligt antal domme, således at restriktionsforbuddet nu er indarbejdet som et helt fast element i Domstolens retspraksis på det skatteretlige område.<sup>25</sup> Domstolen har således ved sin praksis bekræftet de af Christina Tvarnø fremsatte konklusioner og har derved forvandlet restriktionsforbuddet fra teori til håndgribelig retspraksis.

For så vidt angår restriktionsforbuddet anføres følgende i bemærkningerne til L 153 (afsnit 10):

*»Det er særdeles vanskeligt at vurdere, om de foreslåede regler indebærer en restriktion efter EU-retlige regler.«*

Udsagnet er vildledende og er ikke en korrekt gengivelse af gældende fællesskabsret. I EF-Domstolens praksis findes således en fuldstændig klar og præcis definition af, hvad der forstås ved en restriktion, jvf. hertil eksempelvis EF-Domstolens dom af 15. juli 2004 i sag C-242/03, Weidert & Paulus. Sagen vedrørte nogle skatteregler i Luxembourg, der gav aktionærer et nedslag ved erhvervelse af aktier eller anparter i selskaber, der var hjemmehørende i Luxembourg, men ikke i andre medlemsstater. Domstolen bemærkede, jvf. præmis 13-16:

- »13 En lovbestemmelse som den i hovedsagen omhandlede har nemlig den virkning, at den afskrækker den pågældende medlemsstats statsborgere fra at investere deres kapital i selskaber, der har hjemsted i en anden medlemsstat (jf. analogt Verkooijen-dommen, præmis 34). Som det fremgår af selve titlen på loven af 22. december 1993, har denne til formål at »fremme investeringerne af hensyn til den økonomiske udvikling«, og det fremgår af forarbejderne til LIR's artikel 129c, således som de er beskrevet såvel af ægtefællerne Weidert-Paulus som af Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, uden at denne redegørelse er blevet afkræftet af den luxembourgiske regering, at den pågældende bestemmelse netop har til formål at fremme privates investeringer i selskaber, der har hjemsted i Luxembourg.
- 14 En sådan bestemmelse har ligeledes en restriktiv virkning for selskaber hjemmehørende i andre medlemsstater, da den udgør en hindring for kapitaltilførsel fra Luxembourg, da erhvervelse af aktier eller anparter i sådanne er mindre attraktivt end erhvervelse af aktier

<sup>25</sup> Se tillige Domstolens dom af 28. oktober 1999 i sag 55/98, Vestergaard, præmis 22, Domstolens dom af 18. november 1999 i sag C-200/98, X AB & Y AB, præmis 26, Domstolens dom af 13. april 2000 i sag C-258/98, Baars, præmis 29, Domstolens dom af 6. juni 2000 i sag C-35/98, Verkooijen, præmis 34-36, Domstolens dom af 14. december 2000 i sag C-141/99, AMID, Domstolens dom af 21. november 2002 i sag C-436/00, X og Y, præmis 35, Domstolens dom af 12. december 2002 i sag C-385/00, de Groot, præmis 78, Domstolens dom af 26. juni 2003 i sag C-422/01, Ole Ramstedt, præmis 26, Domstolens dom af 18. september 2003 i sag C-168/01, Bosal, præmis 27, Domstolens dom af 4. marts 2004 i sag C-334/02, Kommissionen mod Frankrig, præmis 24-25, Domstolens dom af 15. juli 2004 i sag C-315/02, Anneliese Lenz, præmis 20-22, samt senest Domstolens dom af 7. september 2004 i sag C-319/02, Maninnen, præmis 20 og 22.



*eller anparter i selskaber, der har hjemsted i Luxembourg (jf. analogt Verkooijen-dommen, præmis 35, og dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 24).*

- 15 *På denne baggrund må det fastslås, at den omstændighed, at en medlemsstat gør et nedslag i den skattemæssige indkomst for fysiske personer for erhvervelse af aktier eller anparter, der repræsenterer kontante indskud i kapital selskaber, betinget af, at disse selskaber har hjemsted i staten, er en hindring for de frie kapitalbevægelser, der er forbudt ved artikel 56 EF.»*

Se tillige Domstolens dom af 7. september 2004 i sag C-319/02, Manninen, præmis 22-23. Denne sag vedrørte finske skatteregler, hvorved der blev ydet en skattemæssig godtgørelse til aktionærer for selskabsskat betalt af selskaber, der var hjemmehørende i Finland. Denne godtgørelse blev derimod ikke ydet for selskabsskat betalt af selskaber, der var hjemmehørende i andre medlemsstater. Domstolen konkluderede hertil:

- 22 *»Det følger heraf, at den finske skattelovgivning bevirker, at personer, der er fuldt skattepligtige i Finland, afholdes fra at investere deres kapital i selskaber, der har hjemsted i en anden medlemsstat.*
- 23 *Den finske skattelovgivning har ligeledes en restriktiv virkning for selskaber, der er hjemmehørende i andre medlemsstater, da den udgør en hindring for at tilvejebringe kapital i Finland. For så vidt som kapitalindkomst, der ikke hidrører fra Finland, skattemæssigt behandles mindre fordelagtigt end udbytte, der udbetales af selskaber, der er hjemmehørende i Finland, er aktier i selskaber, der er hjemmehørende i andre medlemsstater, mindre attraktive for investorer, der er bosiddende i Finland, end aktier i selskaber med hjemsted i Finland (jf. dom af 6.6.2000, sag C-35/98, Verkooijen, Sml. I, s. 4071, præmis 35, og af 4.3.2004, sag C-334/02, Kommissionen mod Frankrig, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelse, præmis 24).«*

Ved en **restriktion** forstås således en national foranstaltning, der kan gøre det mindre attraktivt for en borger eller virksomhed, at udøve en af de ved EF-traktaten sikrede rettigheder eller som indebærer, at den pågældende kan afholde sig fra at udøve sine traktatsikrede rettigheder. Enhver national foranstaltning, der udgør en restriktion, er principielt uforenelig med EF-Traktatens frihedsrettigheder, medmindre medlemsstaten kan retfærdiggøre den pågældende foranstaltning.

### **3.2 Anvendelse af kapitalens fri bevægelighed (artikel 56 EF) på skatteretlige regler**

Indtil 2004 angik hovedparten af EF-domstolens afgørelser vedrørende frihedsrettighedernes anvendelse på nationale skatteregler etableringsfriheden (artikel 43 EF), eller den fri bevægelighed for tjenesteydelser (artikel 49 EF). Med en række afgørelser fra 2004 har EF-domstolen endegyldigt slået fast, at Domstolens praksis vedrørende restriktive nationale foranstaltninger på skatterettens område gælder tilsvarende for så vidt angår artikel 56 EF, jvf. således Domstolens domme i sagerne C-319/02, Manninen, sag C 315/02, Anneliese Lenz, samt C-242/03, Weidert & Paulus.

Bestemmelserne om kapitalens fri bevægelighed finder således utvivlsomt anvendelse, såfremt en person eller virksomhed, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat, erhverver aktier eller anparter i et selskab, der er hjemmehørende i Danmark. Såfremt en erhverver opnår kontrol over så stor en del af selskabets aktier eller anparter, at vedkommende derved kan træffe beslutninger om selskabets drift, er erhvervelsen omfattet af EF-traktatens regler om

etableringsfrihed (artikel 43 EF), jvf. således Domstolens afgørelse i sag C-208/00, Überseering, præmis 77.<sup>26</sup>

Det kan heraf modsætningsvis slutes, at enhver erhvervelse af aktier eller anparter i et selskab, der er hjemmehørende i Danmark, er beskyttet af kapitalens fri bevægelighed, såfremt erhververen ikke anses for at have opnået kontrol, jvf. kursgevinstlovens 4, stk. 2.

### 3.3 Indebærer tvungen sambeskatning en restriktion?

Det skal herefter vurderes, om de foreslåede regler vedrørende tvungen sambeskatning (globalpuljeprikket) indebærer en national foranstaltning, som hindrer udøvelse af etableringsfriheden hhv. kapitalens fri bevægelighed, eller som kan gøre det mindre attraktivt at udnytte disse friheder. Af lovforslagets bemærkninger fremgår følgende vedrørende de EU-retlige problemer, som den foreslåede regel vedrørende tvungen sambeskatning af udenlandske selskaber giver anledning til (De generelle bemærkninger, afsnit 10):

*»Det kan konstateres, at forslaget indebærer, at udenlandske koncerners praktiske og formelle adgang til sambeskatning af aktiviteter i Danmark svarer fuldt ud til de regler, som gælder for ejere, der udelukkende har aktivitet i Danmark. Der er således ingen forskelsbehandling mellem udenlandske og danske koncerner i den henseende.*

*Det kan imidlertid også konstateres, at indførelsen af et territorialbeskatningsprincip indebærer, at den skattemæssige behandling af en given aktivitet kan være forskellig afhængig af, om aktiviteten udøves i Danmark eller i udlandet. Hvis en virksomhed giver underskud i Danmark -- eksempelvis i en etableringsfase - vil underskuddet kunne fradrages ved indkomstopgørelsen, mens en tilsvarende underskudsgivende aktivitet i udlandet -- som udgangspunkt - ikke er fradragsberettiget.*

*Det bemærkes i den forbindelse, at det i praksis må formodes, at i hvert fald større internationale koncerner af både økonomiske og administrative grunde ikke vil anse det for fordelagtigt at inddrage koncernens globale indkomst under dansk beskatning. Det svarer til, hvad der er forudsat ved vurderingen af forslagens provenumæssige virkninger.*

*Det giver anledning til overvejelser om, hvorvidt en sådan - som udgangspunkt - forskellig skattemæssig behandling af dansk og udenlandsk indkomst er i overensstemmelse med EU-retten. I den forbindelse lægges efter EF-Domstolens praksis vægt på, om de foreslåede sambeskatningsregler indebærer, at danske og udenlandske koncerner, der befinder sig i en sammenlignelig situation, behandles forskelligt, og om reglerne indebærer en restriktion i den frie bevægelighed. Er det tilfældet kan reglen kun opretholdes, hvis den kan begrundes med saglige hensyn og det ønskede resultat ikke kunne opnås ved mindre indgribende regler (proportionalitet).« (min fremhævelse, SFH)*

Det mindretal i Sambeskatningsudvalget, der anbefalede globalpuljeprikket, anførte om princippets forenelighed med fællesskabsretten følgende (Betænkning 1452, s. 242-243):

*»Som nævnt vil modellerne med stor sandsynlighed indebære en reel afskaffelse af sambeskatningen af koncerner med mange udenlandske datterselskaber. Til gengæld vil modellerne fortsat give mulighed for national sambeskatning, hvis der udelukkende er danske selskaber i koncernen.*

<sup>26</sup> Se tillige Domstolens dom af 21. november 2002 i sag C-436/00, X&Y, præmis 36 og 37.

*Det er på den baggrund nærliggende at spørge, om modellen kan være forenelig med EU-retten. Det vil i den forbindelse være af afgørende betydning, om modellerne medfører en lempeligere skattemæssig behandling, hvis et datterselskab er placeret i Danmark frem for i udlandet.*

*Sambeskatningsmodellen, hvor tilladelse til sambeskatning med et datterselskab betinger, at alle datterselskaber - såvel danske som udenlandske - inddrages under en sambeskatning, synes ikke at føre til nogen form for forskelsbehandling mellem udenlandske og danske selskaber. Der synes således ikke at være EU-retlige problemer ved denne model«.*

Indledningsvis bemærkes, at den tolkning af fællesskabsretten, der her lægges til grund af et mindretal i udvalget som anført ovenfor (afsnit 3.1) er åbenbart fejlagtig, idet den er baseret på den fejlslutning, at fællesskabsretten alene indebærer et forbud mod diskrimination. Som dokumenteret ovenfor, indebærer fællesskabsretten ikke kun et forbud mod enhver forskelsbehandling, men tillige indebærer et forbud mod nationale foranstaltninger, der kan gøre det mindre attraktivt for borgere og virksomheder at udøve deres traktatsikrede rettigheder i Danmark eller fra Danmark.

Det fremgår udtrykkeligt af de ovennævnte citater, at såvel det mindretal i Sambeskatningsudvalget, der gik ind for globalpuljeprikket, som skatteministeren, er af den opfattelse, at indførelse af globalpuljeprikket vil indebære, at udenlandske koncerner vil finde det mindre attraktivt at etablere sig i Danmark, hvorfor det er uforment at føre yderligere dokumentation for, at de foreslåede regler vedrørende tvungen sambeskatning af udenlandske selskaber indebærer en generende national foranstaltning.

Det kan på denne baggrund konkluderes, at bestemmelsen i den foreslåede SEL 31, stk. 2, indebærer en national foranstaltning, der vil afholde selskaber og virksomheder fra at udøve deres traktatsikrede ret til etablering (artikel 43 og 48 EF), ligesom bestemmelsen vil kunne indebære, at borgere eller virksomheder fra andre medlemsstater afholder sig fra at investere i danske selskaber, jvf. Artikel 56 EF, hvorfor foranstaltningen principielt er uforenelig med fællesskabsretten. Foranstaltningen skal derfor retfærdiggøres

#### **4. Kan tvungen sambeskatning retfærdiggøres?**

##### **4.1 Generelt om retfærdiggørelse af restriktive nationale regler**

Det er ovenfor konkluderet, at de foreslåede regler vedrørende tvungen sambeskatning uden nogen tvivl indebærer en generende national foranstaltning, der principielt er uforenelig med gældende fællesskabsret. Det skal herefter vurderes, hvorvidt de foreslåede regler kan retfærdiggøres ud fra de kriterier, der er fastlagt af EF-domstolen. EF-Domstolen har i sin faste praksis opstillet helt klare betingelser for, at en medlemsstat kan retfærdiggøre generende nationale foranstaltninger. Domstolen anfører herom, jvf. eksempelvis dom af 21. november 2002 i sag C-336/02, X og Y, præmis 49<sup>27</sup>:

<sup>27</sup> Se tillige Domstolens dom af 12. december 2002 i sag C-324/00, Lankhorst-Hohorst, præmis 33. I tidligere afgørelser fra EF-domstolen forudsattes det, at restriktion kunne retfærdiggøres, hvis den: 1) blev anvendt uden forskelsbehandling, 2) var begrundet i tvingende samfundsmæssigt hensyn, 3) var egnet til at sikre sit formål, og 4) ikke gik videre end nødvendigt, jvf. eksempelvis Domstolens dom af 9. marts 1999 i sag C-212/97, Centros, præmis 34. Domstolen har i sine seneste afgørelser begrænset sig til at prøve hindringer i forhold til de tre kriterier, der er anført ovenfor. En foranstaltning, der indebærer en indirekte diskrimination, er også en hindring, som skal retfærdiggøres i henhold til disse kriterier.

*»Det bemærkes hertil, at en restriktion for etableringsfriheden som den pågældende nationale bestemmelse kun kan være berettiget, hvis bestemmelsen har et lovligt formål, som er foreneligt med traktaten og er begrundet i tvingende almene hensyn. I så fald kræves det desuden, at foranstaltningen er egnet til at sikre virkeliggørelsen af det pågældende mål og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå dette mål«.*

Det skal særligt fremhæves, at samtlige tre betingelser skal være opfyldt for, at en restriktion kan anses for at være retfærdiggjort, og at det påhviler den danske stat at godtgøre, at der foreligger sådanne omstændigheder, som kan retfærdiggøre de foreslåede nationale foranstaltninger.<sup>28</sup>

For så vidt angår den tvungne danske sambeskatning (forslaget til SEL § 31, stk. 1) er det noget overraskende at måtte konstatere, at spørgsmålet om, hvorvidt disse regler er i overensstemmelse med gældende fællesskabsret, overhovedet ikke er diskuteret noget sted i bemærkningerne til lovforslaget. Der er følgelig heller ikke gjort noget forsøg på at retfærdiggøre disse regler.

Da der som anført uden nogen tvivl foreligger en generende national foranstaltning, kan det uden videre konstateres, at reglerne om tvungen sambeskatning af danske selskaber indebærer en klar hindring for etableringsfriheden (artikel 43 EF) og kapitalens fri bevægelighed (artikel 56 EF), der ikke er forenelig med gældende fællesskabsret.

#### **4.2 Sammenhængen i skattesystemet**

For så vidt angår den tvungne sambeskatning af selskaber, der i skattemæssig henseende er hjemmehørende i udlandet, er det ovenfor påvist, at disse regler uden nogen som helst tvivl indebærer en generende national foranstaltning, og at de derfor skal retfærdiggøres. I bemærkningerne til L 153 angående lovforslagets fællesskabsretlige konsekvenser (afsnit 10) er det eneste argument, der fremføres som retfærdiggørelse af den tvungne udenlandske sambeskatning »sammenhængen i skattesystemet«. Det hedder således:

*»Der foreligger ikke praksis, hvor EF-domstolen har taget stilling til et beskatningssystem, der som udgangspunkt bygger på et territorialprincip, men hvor der er mulighed for at vælge at inddrage indkomst fra danske selskabers udenlandske filialer og fra udenlandske koncernforbundne selskabers aktiviteter i udlandet.*

*Det vurderes imidlertid, at det foreslåede beskatningssystem etablerer en sådan direkte sammenhæng mellem den manglende indregning af eventuelle underskud hidrørende fra udlandet og den manglende beskatning af de modsvarende indtægter, at den forskellige skattemæssige behandling, som i princippet også kan »fravælges« vil blive anset for en saglig forskelsbehandling.*

*Dette støttes bl.a. af, at intet tilsiger, at det følger af EU-retten, at der skal være adgang til frit at vælge, hvilke aktiviteter, der skal påvirke indkomstopgørelsen. Det foreslåede globalpuljeprincip er netop begrundet i, at det for at undgå »cherry-picking« er nødvendigt, at udenlandsk indkomst fra filialer og koncernforbundne selskaber enten inddrages samlet under dansk beskatning eller slet ikke tages i betragtning ved opgørelsen af den danske skattepligtige indkomst. Af samme grund er det nødvendigt at behandle udenlandske filialer og udenlandske koncernforbundne selskaber på samme måde, fordi selskaberne ellers kunne*

<sup>28</sup> Se hertil EF-Domstolens afgørelse af 13. november 2003 i sag C-42/02, Lindman, hvor Domstolen i præmis 25 anfører følgende om proceduren ved Domstolen: *»Herved bemærkes, at de hensyn, der kan påberåbes af en medlemsstat, skal ledsages af en gennemgang af, hvorvidt den restriktive foranstaltning, som medlemsstaten har truffet, er hensigtsmæssig og forholdsmæssig.«*

*unddrages dansk beskatning ved blot at lade de udenlandske underskudsgivende aktiviteter udøve af udenlandske filialer, mens overskudsgivende aktiviteter lægges i selskaber, der ikke inddrages under dansk beskatning.»*

EF-domstolen har i to afgørelser accepteret, at hensynet til sammenhængen i beskatningssystemet kunne retfærdiggøre en hindring, jvf. således Domstolens dom af 28. januar 1992 i sag C-204/90, Bachmann. Argumentet har siden været fremført af de berørte regeringer som retfærdiggørelse i de fleste skattesager, som er afgjort af EF-Domstolen, men denne har ikke i senere sager accepteret dette som udslagsgivende.

Domstolen har gentagne gange understreget, at hensynet til sammenhængen i beskatningsordningen kun kan gøres gældende af en medlemsstat, hvor det er en og samme skatteyder, der er berørt.<sup>29</sup> Dette faktum er udtrykkeligt nævnt i betænkning nr. 1452, jvf. betænkningens s. 140. I sin dom af 18. september 2003 i sag C-168/01, Bosal, konstaterede Domstolen således følgende vedrørende argumentet om sammenhæng i skattesystemet og dets anvendelse på koncernforhold, jvf. præmis 32:

*»I modsætning til filialer eller driftssteder er moderselskaber og deres datterselskaber særskilte juridiske personer, der beskattes hver for sig, således at en direkte sammenhæng inden for samme beskatning ikke foreligger, og sammenhængen i beskatningsordningen kan ikke påberåbes«*

EF-domstolen har endvidere præciseret, at argumentet om sammenhængen i beskatningsordningen kun kan påberåbes, når der foreligger en direkte sammenhæng mellem den skattemæssige fordel og udligningen af denne ved en bestemt skatteopkrævning, jvf. hertil Domstolens dom af 7. september 2004 i sag C-319/02, Manninen, præmis 42:

42 *»I denne henseende skal det bemærkes, at Domstolen i præmis 28 i Bachmann-dommen, henholdsvis præmis 21 i dommen i sagen Kommissionen mod Belgien, har anerkendt, at hensynet til at sikre sammenhængen i en beskatningsordning kan begrunde en begrænsning af udøvelsen af de grundlæggende friheder, der er sikret ved traktaten. For at et anbringende, der bygger på en sådan begrundelse, kan tages til følge, skal det dog være fastslået, at der foreligger en direkte sammenhæng mellem den pågældende skattemæssige fordel og udligningen af denne fordel ved en bestemt skatteopkrævning (jf. i denne retning dom af 14.11.1995, sag C-484/93, Svensson og Gustavsson, Sml. I, s. 3955, præmis 18, Asscher-dommen, præmis 58, ICI-dommen, præmis 29, dom af 28.10.1999, sag C-55/98, Vestergaard, Sml. I, s. 7641, præmis 24, samt af 21.11.2002, sag C-436/00, X og Y, Sml. I, s. 10829, præmis 52). Som det fremgår af præmis 21-23 i Bachmann-dommen og præmis 14-16 i dommen i sagen Kommissionen mod Belgien, bygger disse domme på det forhold, at der i belgisk ret var tale om en direkte sammenhæng hos den samme indkomstskattepligtige person mellem retten til at fradrage forsikringspræmier i den skattepligtige indkomst og den senere beskatning af de beløb, der udbetaltes af forsikringsselskaberne.«*

<sup>29</sup> Jvf. eksempelvis Domstolens dom af 13. april 2000 i sagen C-251/98 C. Baars, præmis 40, og Domstolens dom af 6. juni 2000 i sag C-35/98, Verkooijen, præmis 58. Se tillige Andreas Körner, Internationales Steuerrecht 8/2004, s. 252-272 (s. 262f), der bl.a. bemærker: »Vor- und Nachteil müssen bei derselben Person anfallen«.

Det kan på baggrund af Domstolens praksis konkluderes, at argumentet om sammenhængen i beskatningsordningen aldrig vil kunne anvendes som argument for at retfærdiggøre de foreslåede regler vedrørende tvungen sambeskatning.

### 4.3 Formålet med indførelse af globalpuljeprikkippet

Det følger endvidere af domstolens praksis, at et anbringende, der bygger på hensynet til at sikre sammenhængen i en beskatningsordning, skal vurderes under hensyn til det formål, der forfølges med den pågældende beskatningsordning, jvf. Domstolens dom i sag C-319/02, Manninen, præmis 43 og Domstolens dom af 11. marts 2004, i sag C-9/02, Hughes De Lasteyrie de Saillant, præmis 67. Det erklærede formål med indførelse af globalpuljeprikkippet er at sikre den danske stat mod det tab af skatteprovenu, der angiveligt har været resultatet af de hidtidige regler. Det hedder således i de almindelige bemærkninger til L 153;

*»Det er regeringens politik, at u hensigtsmæssigheder i skattelovgivningen skal fjernes. I det nuværende regelsæt kan de udenlandske koncerner undgå beskatning af deres danske aktiviteter. Dette skydes, at en af værnsreglerne (ligningslovens § 5 H) ikke fungerer efter hensigten. Koncernen kan reducere dansk beskatning ved at placere deres underskudsgivende aktiviteter i datterselskaber, som derefter indplaceres i den danske sambeskatning.«*

Det følger imidlertid af Domstolens helt faste praksis, at hensynet til at en medlemsstat mister et skatteprovenu, ikke er et hensyn, der kan begrunde en tilsidesættelse af de ved traktaten sikrede frihedsrettigheder. Det forhold, at en medlemsstat vil lide tab af et skatteprovenu, hvis en national skatteregel ikke kan håndhæves, er således ikke et tvingende samfundsmæssigt hensyn, der kan retfærdiggøre de hindringer for de traktatsikrede frihedsrettigheder, der følger af globalpuljeprikkippet.<sup>30</sup> Der er ikke tale om et juridisk argument, men om et økonomisk argument,

<sup>30</sup> Jvf. hertil eksempelvis Domstolens afgørelse af 3. oktober 2002 i sag, C-136/00, Danner: Præmis 53-præmis 56:  
Præmis 53: *»Den danske regering har endvidere gjort gældende, at begrænsningen af fradragsretten for forsikringspræmier er begrundet i hensynet til at opretholde selve skattegrundlaget. I Safir-dommen har Domstolen således anerkendt, at dette er et tvingende alment hensyn. Hvis forsikringspræmier, som indbetales til ordninger, der forvaltes af udenlandske institutioner, kunne fradrages, ville det for personer i medlemsstater med højt skatte tryk for personbeskatning være særligt attraktivt at tegne forsikringer hos pensionsforsikringsinstitutioner i medlemsstater med lavere skatte tryk. Resultatet ville være forsøg på at bringe sig ind under en lempeligere beskatning, misbrug og skatte-shopping, hvilket ville være ødelæggende for medlemsstater, der tilvejebringer grundlaget for en velfærdsstat gennem skatterne. Desuden ville medlemsstaterne have en berettiget interesse i ikke at indrømme en skattefordel i form af fradrag for præmierne, når den private opsparing, der søges fremmet, sker i udlandet.«*  
Præmis 54: *»Disse argumenter kan ikke tiltrædes.«*  
Præmis 55: *»I denne forbindelse bemærkes, at Domstolen - i modsætning til, hvad den danske regering har gjort gældende - i Safir-dommens præmis 34 udtalte, at nødvendigheden af at undgå den udhuling af skattegrundlaget, som ville opstå, hvis opsparing i kapitalforsikringer i selskaber etableret i en anden medlemsstat end den, hvor den person, der foretager opsparingen, er hjemmehørende, ikke blev beskattet, i det konkrete tilfælde ikke kunne begrunde den pågældende nationale lovgivning, der udgjorde en restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser.«*  
Præmis 56: *»Domstolen har ligeledes fastslået, at hensynet til at undgå et tab af skatteindtægter ikke hører til de hensyn, der er anført i EF-traktatens artikel 56 (efter ændring nu artikel 46 EF), og ikke kan anses for at være et af de tvingende almene hensyn (jf. i denne retning dom af 21.9.1999, sag C-307/97, Saint-Gobain ZN, Sml. I, s. 6161, præmis 51). Domstolen har endvidere fastslået, at en eventuel skattemæssig fordel, som tjenesteydere måtte have på grund af en lav beskatning i den medlemsstat, hvor de er etableret, kan ikke tjene som begrundelse for, at en anden medlemsstat skattemæssigt udsætter tjenesteydelsesmodtagere i den sidstnævnte stat for en mindre fordelagtig behandling (jf. dom af 26.10.1999, sag C-294/97, Eurowings Luftverkehrs, Sml. I, s. 7447, præmis 44).«*

der ikke kan tillægges betydning ved vurderingen af, om nationale hindringer for traktatsikrede frihedsrettigheder kan retfærdiggøres.<sup>31</sup>

Ovenfor i afsnit 3.1 er citeret præmisserne 13-15 i Domstolens dom af 15. juli 2004 i sag C-242/03, Weidert & Paulus, hvor Domstolen underkendte nogle skatteregler fra Luxembourg, hvis formål var at fremme privates investeringer i selskaber, der havde hjemme i Luxembourg. Der kan i denne sammenhæng være anledning til at henvise til de almindelige bemærkninger til L 153, hvor det hedder:

*»Forslaget skønnes samlet set provenuneutralt og vil medføre gunstige strukturvirkninger for dansk økonomi. De gældende regler for international sambeskatning medfører en egentlig skattemæssig tilskyndelse til at investere i udlandet. Dermed svækker reglerne Danmark i den internationale skattekonkurrence. Med indførelse af globalpuljeprincippet vil sambeskatningsreglerne generelt være neutrale i forhold til investeringsbeskatningen. Incitamentet til at investere i Danmark øges både som følge af indførelse af globalpuljeprincippet og som følge af den lavere selskabsskat. Et øget investeringsniveau vil bl.a. betyde en øget produktivitet og realløn. Endvidere vil tilskyndelsen til indkomstflytning ud af Danmark samlet set mindskes.«*

Det kan på denne baggrund konkluderes, at det formål, der ligger bag indførelsen af globalpuljeprincippet, **ikke lovligt kan forfølges af en medlemsstat**, og at en national regel, hvorved globalpuljeprincippet indføres, allerede af denne grund er uforeneligt med gældende fællesskabsret.

#### 4.4 Proportionalitet

Såfremt hensynet til sammenhæng i beskatningsordningen skal kunne retfærdiggøre en hindring, er det i øvrigt en betingelse, at den nationale foranstaltning ikke er mere indgribende for etableringsfriheden, end der er nødvendigt til opnåelse af dette formål.<sup>32</sup> I denne forbindelse skal det i øvrigt understreges, at det følger af Domstolens faste praksis, at det forhold, at en skattepligtig tildeles en fordel, ikke kan retfærdiggøre en ugunstig skattemæssig behandling af skatteyderen, der udgør en hindring.<sup>33</sup>

Det bemærkes, at det fremgår af bemærkningerne til L 153 (de generelle bemærkninger samt afsnit 10) vedrørende indgrebets proportionalitet:

*»Regeringen bad derfor specifikt Sambeskatningsudvalget om at overveje, om det er muligt at justere reglerne, således at de effektivt forhindrer udenlandske koncerner med danske subkoncerner i at undgå dansk beskatning ved at indskyde underskudsgivende udenlandske virksomheder i den danske subkoncern. Udvalget anviser i rapporten to metoder, der effektivt kan forhindre dette - afskaffelse og globalpulje-princippet*

<sup>31</sup> Jvf. hertil eksempelvis Wolfgang Schön, Internationales Steuerrecht 2004, s. 303. Se tillige eksempelvis EF-Domstolens afgørelse af 16. juli 1998 i sag C-264/96, ICI, samt Domstolens afgørelse af 18. september 2003 i sag C-168/01, Bosal, præmis 42.

<sup>32</sup> Jvf. Domstolens dom af 21. november 2002 i sag C-436/00, X og Y, præmis 59.

<sup>33</sup> Jvf. hertil Domstolens dom af 21. september 1999 i sag C-307/97, Saint Gobain, præmis 54, Domstolens dom af 6. juni 2000 i sag C-35/98, Verkooijen, samt Domstolens dom af 15. juli 2004 i sag C-315/02, Anneliese Lenz, præmis 43.

*Regeringen foreslår derfor, at globalpulje-princippet indføres i sambeskatningsreglerne, idet denne metode er den mindst indgribende af de to anviste metoder.*

*»Det vurderes endvidere, at det ønskede formål med reglerne ikke kan opnås på en mindre indgribende måde.«*

Selv hvis man måtte vælge at se bort fra, at det formål, der følges med globalpuljeprincippet, er klart ulovligt (ovenfor afsnit 4.3), kan det konkluderes, at den gengivelse af det fællesskabsretlige proportionalitetsprincip, der kommer til udtryk i bemærkningerne til lovforslaget, er åbenbart vildledende, og at konklusionen er fejlagtig. Det turde være klart, at en national foranstaltning ikke bliver proportional, fordi medlemsstatens myndigheder ville kunne opstille en endnu mere vidtgående foranstaltning, end den, som er valgt.

#### **4.5 Forskelsbehandling**

Det skal afslutningsvis konstateres, at de foreslåede regler i SEL § 31, stk. 1 og stk. 2, indebærer en forskellig behandling af datterselskaber på grundlag af, hvor datterselskaberne har deres hjemsted, idet der er adgang til at fravælge sambeskatning for selskaber, der er hjemmehørende i udlandet, medens sambeskatningen ikke kan fravælges for så vidt angår selskaber, der er hjemmehørende i Danmark.

En sådan forskelsbehandling er principielt i strid med etableringsfriheden, jvf. artikel 43 EF, jvf. udtrykkeligt EF-Domstolens afgørelse af 18. november 1999 i sag C-200/98, X AB & Y AB. Denne sag vedrørte svenske skatteregler, hvorved svenske selskaber nægtedes ret til bestemte skattelettelser i forbindelse med en bestemt type koncernbidrag (»type C«), hvor disse blev foretaget til datterselskaber, der ikke var hjemmehørende i Sverige. Domstolen bemærkede hertil (præmis 27-28):

*Præmis 27: »I denne henseende bemærkes, at den lovgivning, som hovedsagen drejer sig om, ikke giver svenske selskaber, der har gjort brug af deres frie etableringsret til at oprette datterselskaber i andre medlemsstater, ret til at opnå bestemte skattelettelser i forbindelse med koncernbidrag af type C.«*

*Præmis 28: »En sådan lovgivning er dermed udtryk for en forskellig behandling af forskellige typer af koncernbidrag på grundlag af, hvor datterselskaberne har deres hjemsted. Medmindre en sådan forskellig behandling er begrundet, er den i strid med traktatens bestemmelser om etableringsfrihed. Det er i denne sammenhæng uden betydning, at koncernbidrag af type B efter Regeringsrättens praksis kan behandles som koncernbidrag af type A.«*

Da der ikke i rapporten fra Sambeskatningsudvalget eller bemærkningerne til L 153 er anført noget argument for at retfærdiggøre den konstaterede forskelsbehandling, kan det konkluderes, at de foreslåede regler vedrørende hhv. tvungen dansk sambeskatning og tvungen udenlandsk sambeskatning indebærer en national regel, der ikke er forenelig med gældende fællesskabsret.

#### **4.6 Sammenfatning vedrørende retfærdiggørelse af globalpuljeprincippet**

De foreslåede regler vedrørende sambeskatning er begrundet i, at et koncernselskab opnår en fordel (adgang til at fradrage underskud i dansk beskatning), medens et andet koncernselskab opnår en fordel (adgangen til at fravælge dansk beskatning for et overskudsgivende selskab). Den sammenhæng, der består i de foreslåede regler vedrørende sambeskatning, angår således for det



første forskellige retssubjekter, og for det andet forskellige skattebetalinger. Endvidere er formålet med indførelsen af globalpuljeprincippet ikke et lovligt hensyn, der er foreneligt med fællesskabsretten

Det kan på denne baggrund konkluderes, at det er **fuldstændigt udelukket**, at globalpuljeprincippet kan retfærdiggøres under henvisning til sammenhængen i beskatningsordningen. Skatteministeren har ikke i bemærkningerne til lovforslag L 153 fremført andre hensyn, der kan retfærdiggøre globalpuljeprincippet. Det kan på denne baggrund uden nogen tvivl konkluderes, at også bestemmelsen i den foreslåede SEL § 31, stk. 2, vedrørende tvungen sambeskatning af selskaber, der ikke er hjemmehørende i Danmark, indebærer en klar hindring for etableringsfriheden (artikel 43 EF) og kapitalens fri bevægelighed (artikel 56 EF), der **ikke er forenelig med gældende fællesskabsret**.

Afslutningsvis kan der være grund til at fremhæve, at det forhold, at der er indført en adgang til at fravælge den tvungne sambeskatning for så vidt angår selskaber, der ikke er hjemmehørende i Danmark, naturligvis ikke kan føre til et andet resultat. Det forhold, at en restriktiv national foranstaltning, kan fravælges, kan således selvsagt aldrig retfærdiggøre den pågældende restriktion.

## 5. Sammenfatning

### 5.1 Globalpuljeprincippet indebærer en klar tilsidesættelse af fællesskabsretten

Det kan på baggrund af den i afsnit 2 foretagne analyse konkluderes, at den foreslåede regel i SEL § 31, stk. 7, 7. pkt., vedrørende solidarisk hæftelse for koncernens samlede skattegæld ikke blot vil indebære en fravigelse af grundlæggende retlige principper, men at reglen tillige vil indebære en tilsidesættelse af SE-forordningens artikel 1, stk. 2, og af det 12. selskabsretlige direktiv for så vidt angår helejede aktie- og anpartsselskaber, samt af Artikel 43 EF for så vidt angår selskaber, der er stiftet i henhold til en anden medlemsstats lovgivning.

Det må på baggrund af den i afsnit 3 og 4 foretagne analyse konkluderes, at det foreslåede »globalpuljeprincip« indebærer en hindring for kapitalens fri bevægelighed og for etableringsfriheden. Det må ligeledes konkluderes, at der for så vidt angår den tvungne danske sambeskatning (forslaget til SEL § 31, stk. 1) og den konstaterede forskelsbehandling mellem disse regler og den foreslåede tvungne sambeskatning af udenlandske selskaber (forslaget til SEL § 31, stk. 2) slet ikke er fremført argumenter, der kan retfærdiggøre de konstaterede hindringer. For så vidt angår den tvungne udenlandske sambeskatning er der kun anført et argument (sammenhængen i beskatningsordningen) som retfærdiggørelse for denne hindring. Det blev imidlertid dokumenteret, at dette argument aldrig kan retfærdiggøre en hindring som den foreliggende.

Det må sammenfattende konkluderes, at det såkaldte »globalpuljeprincip«, vil medføre sådanne fundamentale tilsidesættelser af EF-traktatens frihedsrettigheder, at det aldrig vil kunne bringes i overensstemmelse med gældende fællesskabsret.

### 5.2 Konsekvenserne af den konstaterede overtrædelse af fællesskabsretten

EF-traktatens bestemmelser om etableringsfriheden og kapitalens fri bevægelighed er **umiddelbart gældende** i Danmark. Det 12. selskabsretlige direktiv er **umiddelbart anvendeligt** i Danmark. Samtlige de analyserede fællesskabsretlige retsakter har uden tvivl **forrang frem for dansk lovgivning**.<sup>34</sup> Det hedder herom i betænkning 1452 (s. 137):

<sup>34</sup> Se hertil eksempelvis Axel Cordewener, *Deutsches Steurrecht* 2004, s. 9, der konstaterer: »Die erhebliche Relevanz des EG-Rechts für den praktischen Rechtsschutz des einzelnen Steuerpflichtigen folgt aus der besonderen Qualität des EG-Rechts: Nach der EuGH-Judikatur besitzen sowohl das im EG-Vertrag niedergelegte oder aus ungeschriebenen Rechtsgrundsätzen bestehende Primärrecht als auch

*»Da traktatens bestemmelser om fri bevægelighed er umiddelbart anvendelige, kan selskaberne direkte påberåbe sig rettighederne over for skattemyndighederne ved de nationale domstole. Som følge af EU-rettens forrang skal en national skatteregel vige, hvis den strider mod EU-retlige bestemmelser. Det vil bl.a. være tilfældet, hvis reglen indebærer en traktatstridig diskrimination eller restriktion.«*

Det gengivne udsagn er for så vidt korrekt, men det er ikke en fuldstændig gengivelse af følgerne af, at en national skatteregel måtte vise sig at være i strid med gældende fællesskabsret. Udsagnet forekommer at være baseret på en forældet gengivelse af EF-Domstolens praksis vedrørende fællesskabsrettens forrang. Det følger af denne praksis, at fællesskabsrettens forrang ikke blot skal iagttages af lovgiver og de nationale domstole. Pligten til lade en national lovgivning vige, såfremt denne er i strid med en fællesskabsretlig regel, som har forrang, gælder således tillige for **medlemsstaternes myndigheder**, jvf. hertil udtrykkeligt Domstolens dom af 29. april 1999 i sag C-224/97, Ciola, præmis 29 og 30:

- 29 *»Skønt Domstolen oprindelig har fastslået, at den nationale ret eventuelt skal undlade at anvende enhver modstridende bestemmelse i national lov (jf. den nævnte dom i Simmenthal-sagen, præmis 21), har den senere præciseret sin praksis i to retninger.*
- 30 *Det fremgår nemlig af denne, at alle forvaltninger, herunder lokalforvaltninger, er underlagt nævnte forpligtelse, og at private derfor kan påberåbe sig en sådan fællesskabsbestemmelse over for disse (dom af 22.6.1989, sag 103/88, Fratelli Costanzo, Sml. s. 1839, præmis 32).«*

Det følger således af Domstolens praksis, at uanset om lovforslag L 153 måtte blive vedtaget af Folketinget, vil de foreslåede regler vedrørende tvungen sambeskatning ikke kunne håndhæves af danske skattemyndigheder i de tilfælde, hvor fællesskabsretten finder anvendelse, hvilket vil være tilfældet for langt størstedelen af de omfattede selskaber.

Derimod er det klart, at den nedsættelse af selskabsskatten fra 30 % til 28 %, der følger af lovforslagets § 1, nr. 6, § 3, nr. 1 og nr. 2, samt § 7, nr. 1, vil have retskraft i forhold til de omfattede virksomheder, såfremt L 153 vedtages og stadfæstes.

Som dokumenteret ovenfor, indebærer de foreslåede regler en helt åbenbar tilsidesættelse af gældende fællesskabsret. Såfremt lovforslag L 153 skulle blive vedtaget, og de danske skattemyndigheder under tilsidesættelse af deres fællesskabsretlige forpligtelser, måtte vælge at **håndhæve** de foreslåede regler vedrørende tvungen sambeskatning, vil der i det omfang fællesskabsretten finder anvendelse på forholdet, være tale om en så **kvalificeret tilsidesættelse** af gældende fællesskabsret, at den danske stat uden nogen tvivl ville blive **erstatningsansvarlig** i forhold til de selskaber og selskabsdeltagere, der måtte lide tab som en følge af den uberettigede håndhævelse af sambeskatningsreglerne.

Samlet set må det på baggrund af den gennemførte analyse af forholdet mellem gældende fællesskabsret og lovforslag L 153 anbefales, at lovforslaget snarest trækkes tilbage i sin helhed.

---

*das von den EU-Organen geschaffene Sekundärrecht (insbesondere Richtlinien und Verordnungen) Vorrang vor allen - bereits bestehenden oder noch zu schaffenden- nationalen Rechtsnormen. Dies ist im Verhältnis zum einfachgesetzlichen nationalen Steuerrecht völlig unstrittig. Hieraus folgt, dass im Fall des Verstosses einer nationalen Norm gegen EG-rechtliche Vorgaben letztere zwingend vorgehen und damit kollidierende nationale Norm nicht angewendet werden darf.« (mine fremhævelser, SFH).*

### 5.3 Misinformation

Det må på denne baggrund konstateres, at de bemærkninger til lovforslaget, der er fremsat af skatteministeren, indeholder en række oplysninger, hvorved Folketinget misinformeres.

Skatteministeren fortier således, at de foreslåede regler vedrørende solidarisk hæftelse for koncernens skattegæld åbenbart strider mod det 12. selskabsretlige direktiv samt mod SE-forordningens artikel 1, stk. 2. Skatteministeren fortier ligeledes, at EF-traktatens bestemmelser vedrørende kapitalens fri bevægelighed finder anvendelse i de situationer, hvor en EU-borger eller virksomhed erhverver aktier eller anparten i et dansk selskab. Dette indebærer, at også reglerne om tvungen dansk sambeskatning skal vurderes i forhold til gældende fællesskabsret. Disse oplysninger må anses for at være af væsentlig betydning for Folketingets behandling af lovforslag L 153.

De oplysninger, som skatteministeren giver i bemærkningerne er tillige på en række punkter objektivt konstaterbart **urigtige**. Det fremgår af skatteministerens bemærkninger til lovforslag L 153, at de foreslåede regler er i overensstemmelse med gældende fællesskabsret. Dette udsagn er, som det er dokumenteret ovenfor, utvivlsomt urigtigt. I denne forbindelse bemærkes, at de foreslåede regler om tvungen sambeskatning blot skal være i strid med *en enkelt* af de ovenfor nævnte fællesskabsretlige retsakter, for at den fremsatte påstand om reglernes forenelighed med fællesskabsret er urigtig.

For så vidt angår spørgsmålet om retfærdiggørelse af de foreslåede regler, er lovforslagets bemærkninger **vildledende**, idet det fremgår, at de foreslåede regler etablerer en sammenhæng i skattesystemet, der vil blive anset for en saglig forskelsbehandling. Det fremgår imidlertid af EF-domstolens faste praksis, at argumentet om sammenhæng i beskatningsordningen aldrig kan anvendes til retfærdiggørelse af regler, der - som det er tilfældet med de foreslåede regler - vedrører forskellige skattesubjekter. Endvidere er det vildledende, når det anføres, at det er vanskeligt at vurdere, om en foreslået regel indebærer en restriktion. EF-Domstolens praksis giver mulighed for med stor præcision at fastlægge, hvornår der foreligger en restriktion. Desuden er det vildledende at hævde, at de foreslåede regler »lukker hullet«. Som reglerne er formuleret, kan de ikke håndhæves i tilfælde, hvor fællesskabsretten finder anvendelse, og allerede af den grund må det konstateres, at det påståede »hul« ikke er lukket.

Endelig er det vildledende, at »globalpuljeprincippet« i bemærkningerne til lovforslaget fremstilles som et almindeligt anerkendt princip i den internationale skatteret på linje med globalindkomstprincippet. Det til lejligheden opfundne »princip« benyttes ikke af andre stater i Europa, og vel næppe heller af andre stater i verden.

## Notat til Folketingets skatteudvalg vedr. L 121

### Analyse af en række retlige problemer, der er forbundet med de foreslåede regler i L 121 angående national og international sambeskatning

#### 1. Baggrund og sammenfatning<sup>1</sup>

##### 1.1 Baggrunden for dette notat

Skatteministeren fremsatte den 2. marts 2005 lovforslag L 121 vedrørende ændring af selskabsskatteoven og andre skattelove for Folketinget (Nedsættelse af selskabsskatten og indførelse af globalpulje-princip i sambeskatningen). Lovforslaget er i realiteten en genfremsættelse af lovforslag L 153, der blev fremsat for Folketinget den 15. december 2004 af skatteministeren. L 153 bortfaldt på grund af folketingsvalget den 8. februar 2005. Dette notat af 14. marts 2005 er begrænset til at angå en række af de punkter, hvor L 121 er **ændret** i forhold til L 153, eller hvor der siden 10. januar d.å. er fremkommet **nye oplysninger** vedrørende retlige problemer, som er forbundet med L 121. Dette notat af 14. marts 2005 **erstatte** således **ikke** notatet af 10. januar 2005, men **supplerer** dette. Notatet af 10. januar d.å. er vedlagt som bilag til dette notat.

Formålet med dette notat er at analysere en række af de retlige problemer, der er forbundet med de bestemmelser i L 121, som angår obligatorisk sambeskatning (forslag til selskabsskatteovens §§ 31 - 31 D, jvf. forslagens § 1, nr. 16). Det skal i særdeleshed undersøges, om det "globalpuljeprincip", der er det bærende princip bag de foreslåede regler vedrørende sambeskatning, er foreneligt med gældende fællesskabsret, herunder særligt reglerne om kapitalens fri bevægelighed (artikel 56 EF) og selskabers etableringsfrihed (artikel 43 EF, jvf. artikel 48 EF). De grundlæggende principper vedrørende obligatorisk national sambeskatning er videreført uændret i L 121, sammenlignet med L 153. tilsvarende gælder, at det såkaldte "globalpuljeprincip" fortsat er grundlaget for de foreslåede regler vedrørende international sambeskatning. De bemærkninger, der er fremsat af skatteministeren i tilknytning til L 121, er for så vidt angår spørgsmålet om lovforslagets forhold til fællesskabsretten i alt væsentligt sammenfaldende med bemærkningerne til L 153. Jeg kan derfor for så vidt angår spørgsmålet om "globalpuljeprincippet" forenelighed med gældende fællesskabsret generelt henvisse til mit notat til folketingets skatteudvalg af 10. januar d.å.,<sup>2</sup> for så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt globalpuljeprincippet kan forenes med gældende fællesskabsret.

De regler, der er foreslået i L 121 vedrørende national og international sambeskatning, giver anledning til et uoverskueligt antal problemstillinger af skatteretlig og civilretlig karakter. Formålet med dette notat er derfor hovedsageligt at analysere lovforslagets bestemmelser vedrørende obligatorisk sambeskatning for hhv. selskaber, der er hjemmehørende i Danmark og selskaber, der ikke er hjemmehørende i Danmark, i **forhold til gældende fællesskabsret**. Dette notat er udarbejdet på baggrund af det lovforslag, der er fremlagt i Folketinget den 2. marts 2005 af skatteminister Kristian Jensen.

De foretagne retlige analyser af forslaget er alene baseret på de tilgængelige oplysninger vedrørende forslaget, der fremgår af selve det fremsatte lovforslag og de dertil hørende bemærkninger,

<sup>1</sup> Dette notat forventes offentliggjort som en eller flere artikler i et retsvidenskabeligt tidsskrift.

<sup>2</sup> Jvf. Lovforslag 2004-05, 1. samling, L 153, bilag 4. Den del af notatet, der indeholder vurderingen af de fællesskabsretlige aspekter af L 153, er gengivet i Skattepolitisk Oversigt 2005, nr. 1, s. 1-25.

sammenholdt med det oprindelige lovforslag L 153 af 15. december 2004.

## 1.2 Om lovforslag L 121

Der er foretaget en række i hovedsagen tekniske ændringer af L 121 sammenlignet med det oprindelige forslag, L 153. Forslagets bestemmelser vedrørende sambeskatning angår en ændring af selskabsskattelovens § 31. Denne bestemmelse er i L 121 brudt op i fire selvstændige bestemmelser, jvf. forslaget til selskabsskattelovens §§ 31-31 D.<sup>3</sup>

Definition af, hvad der forstås ved koncernforbundne selskaber, er ændret, således at lovforslagets koncerndefinition nu tager udgangspunkt i det koncernbegreb, der anvendes i de regnskabsretlige og de selskabsretlige regler. I modsætning til L 153, skal indkomsten i et koncernforbundet selskab nu fuldt ud indgå i sambeskatningsindkomsten, uanset størrelsen af koncernens ejerandel i det pågældende selskab.

Med L 153 var der lagt op til et historisk brud med princippet om begrænset hæftelse i aktie- og anpartsselskaber, idet forslaget indeholdt en bestemmelse, hvorefter samtlige koncernselskaber skulle pålægges at hæfte solidarisk for koncernens samlede skattegæld for det enkelte indkomstår. Med fremlæggelsen af L 121 har skatteministeriet tilsyneladende erkendt, at den oprindeligt foreslåede hæftelsesregel var uholdbar. Den hæftelsesregel, der er indeholdt i L 121, indebærer en væsentlig ændring, idet det nu kun er administrationsselskabet (hhv. det ultimative moderselskab), der pålægges solidarisk hæftelse for koncernens skattegæld, medens de øvrige koncernselskaber alene skal hæfte over for de danske skattemyndigheder for deres respektive andel af koncernens samlede skat.

## 1.3 Sammenfatning af analysen

På baggrund af de analyser, der er indeholdt i mit notat af 10. januar d.å., samt i dette notat kan det med sikkerhed konkluderes, at de foreslåede regler om obligatorisk national og international sambeskatning, der er indeholdt i lovforslag L 121, såfremt de måtte blive vedtaget af Folketinget, vil indebære en så klar tilsidesættelse af gældende fællesskabsret, at disse regler derfor ikke vil kunne håndhæves af de danske myndigheder i de tilfælde, hvor fællesskabsretten finder anvendelse. Indledningsvis fremhæves resultaterne af de enkelte problemområder, der er analyseret.

### Hæftelsesreglen

For så vidt angår den obligatoriske nationale sambeskatning skal der udpeges et administrationsselskab, som skal hæfte solidarisk for skattegælden for det enkelte indkomstår (Ft SEL § 31, stk. 4. 8. pkt.). Såfremt det øverste moderselskab ikke – i skattemæssig henseende – anses for at være hjemmehørende i Danmark, skal efter forslaget flere danske selskaber, der er moderselskaber for de grene af koncernen, hvis selskaber er hjemmehørende i Danmark (betegnet som "søsterselskaber"), hæfte solidarisk over for de danske skattemyndigheder (Ft SEL § 31, stk. 4, 3. pkt.). Den foreslåede regel om, at visse koncernselskaber pålægges en solidarisk hæftelse for koncernens samlede skattegæld, indebærer fremdeles et historisk brud med det grundlæggende princip om, at en aktionær eller anpartshaver alene hæfter over for selskabets kreditorer for selskabets forpligtelser med det kapitalindskud, som den pågældende har forpligtet sig til at foretage (nedenfor afsnit 3). Tilsidesættelsen af dette grundlæggende princip har **helt uoverskuelige følger** for de selskaber, der pålægges solidarisk hæftelse. Den foreslåede regel vedrørende solidarisk hæftelse for visse koncernforbundne selskaber vil imidlertid tillige indebære en klar tilsidesættelse af en række fællesskabsretlige regler. Det dokumenteres således:

at den foreslåede regel om, at administrationsselskabet (hhv. flere søsterselskaber) skal hæfte soli-

<sup>3</sup> Disse bestemmelser citeres i dette notat på følgende måde (eksempel): "forslag til selskabsskattelovens § 31 A", eller forkortet: "Ft SEL § 31 A".

darisk for sambeskattede koncernforbundne selskabers skattegæld, er uforenelig med **Forordningen om det europæiske selskab (Forordning 2157/2001 EF)**, jvf. artikel 1, stk. 2, i det omfang det solidarisk hæftende selskab ejer en eller flere aktier i et SE-selskab, der indgår i sambeskatningen.

at den foreslåede regel om, at administrationsselskabet (hhv. flere søsterselskaber) skal hæfte solidarisk for de koncernforbundne selskabers skattegæld, er uforenelig med det **12. selskabsretlige direktiv (Direktiv 89/667/EØF)**, i det omfang det solidarisk hæftende selskab ejer samtlige anparter eller aktier i et datterselskab, der indgår i sambeskatningen.

at den foreslåede regel om, at administrationsselskabet (hhv. flere søsterselskaber) skal hæfte solidarisk for de koncernforbundne selskabers skattegæld, er uforenelig med EF-traktatens artikel 43, for så vidt de hæftende selskaber, som i skatteretlig henseende anses for hjemmehørende i Danmark, *i selskabsretlig henseende* anses for at være hjemmehørende en anden medlemsstat.

at det **retssikkerhedsmæssigt er stærkt betænkeligt**, at de foreslåede regler, hvorved visse koncernselskaber pålægges betydelige økonomiske forpligtelser, er formuleret på en sådan måde, at det hverken er muligt med sikkerhed at fastlægge kredsen af forpligtede selskaber eller omfanget de forpligtelser, der pålægges.

#### **Obligatorisk sambeskatning krænker etableringsfriheden**

I forhold til notatet af 10. januar d.å. gennemføres en **supplerende analyse** af, om en regel om obligatorisk sambeskatning kan være forenelig med fællesskabsretten (nedenfor afsnit 4). Det påvises, at hvis et udenlandsk selskab tilhørende en koncern, der allerede er etableret i Danmark gennem et eller flere datterselskaber (hhv. filialer), ønsker at udnytte sin traktatsikrede ret til at etablere sig gennem et datterselskab i Danmark, vil dette datterselskab i kraft af den obligatoriske nationale sambeskatning omfattende alle koncernens selskaber, der er hjemmehørende i Danmark, *i skattemæssig henseende* blive betragtet som **en filial** i forhold til de øvrige danske datterselskaber, der indgår i koncernen.

Det følger af EF-domstolens faste praksis, at en national skatteregel, hvorved et selskabs ret til frit valg mellem på den ene side en etablering, hvorved der skabes en selvstændig retlig enhed (et datterselskab) og på den anden side en etablering, hvorved der ikke opstår en selvstændig retlig enhed (en filial), tilsidesættes af etableringsstaten, er i uforenelig med den ret til sekundær etablering, der følger umiddelbart af EF-traktatens artikel 43. Det kan derfor med sikkerhed slås fast;

at en virksomhed hjemmehørende i en anden medlemsstat i kraft af fundamentale traktatsikrede friheder har ret til at **vælge**, om etablering i Danmark skal ske gennem et **datterselskab** (en selvstændig retlig enhed) **eller gennem en filial** (der retligt er en del af den etablerende virksomhed). Denne valgret tilkommer tilsvarende danske virksomheder, der ønsker at etablere sig i andre medlemsstater.

at de foreslåede regler i L 121 om obligatorisk sambeskatning indebærer en **klar tilsidesættelse** af retten, til **frit at kunne vælge den for virksomheden mest hensigtsmæssige retsform** ved udøvelse af virksomhed i en anden medlemsstat, som **udtrykkeligt er tilkendt erhvervsdrivende selskaber ved EF-traktatens artikel 43**, og at dette gælder både for de foreslåede regler vedrørende **national og international sambeskatning**.

#### **National sambeskatning**

Det er i mit notat af 10. januar d.å. dokumenteret, at de foreslåede regler vedrørende obligatorisk

**national sambeskatning** vil indebære en **hindring for etableringsfriheden og kapitalens fri bevægelighed**, der ikke er forenelig med gældende fællesskabsret. Der er ikke i bemærkningerne til L 121 fremkommet oplysninger, der giver grundlag for at tilsidesætte de konklusioner vedrørende forholdet mellem de foreslåede regler om den obligatoriske sambeskatning og fællesskabsretten, der er indeholdt i mit oprindelige notat. Det kan således fremdeles med sikkerhed konkluderes:

at de foreslåede regler vedrørende obligatorisk national sambeskatning (Ft SEL § 31) indebærer en **hindring for etableringsfriheden (EF-traktatens artikel 43, jvf. artikel 48)** og for kapitalens frie bevægelser (**EF-traktatens artikel 56**), hvilket skyldes, at de foreslåede regler indebærer, at det bliver mindre attraktivt for borgere og virksomheder, der er hjemmehørende i andre medlemsstater at etablere sig i Danmark gennem et datterselskab eller en filial samt at erhverve kapitalandele i danske selskaber.

De foreslåede regler vedrørende obligatorisk national sambeskatning udgør derfor en **restriktion**, der principielt er uforenelig med gældende fællesskabsret.

### **International sambeskatning**

Det er i mit notat af 10. januar d.å. dokumenteret, at de foreslåede regler vedrørende international sambeskatning (det såkaldte "globalpulje-princip", jvf. Ft SEL § 31 A) generelt vil indebære en tilsidesættelse af gældende fællesskabsret. Dette skyldes;

at de foreslåede regler vedrørende international sambeskatning (Ft SEL § 31 A) indebærer en **hindring for etableringsfriheden (EF-traktatens artikel 43, jvf. artikel 48)** og for kapitalens frie bevægelser (**EF-traktatens artikel 56**), eftersom de foreslåede regler vil medføre, at det bliver mindre attraktivt for virksomheder, der er hjemmehørende i Danmark, at etablere sig i en anden medlemsstat gennem et datterselskab eller en filial. Tilsvarende vil det blive mindre attraktivt for danske selskaber at erhverve kapitalandele i selskaber, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat.

De foreslåede regler vedrørende international sambeskatning udgør derfor en **restriktion**, som principielt er uforenelig med gældende fællesskabsret.

### **Indebærer L 121 en ulovlig statsstøtte?**

Den danske stat anses i henhold til den koncerndefinition, der er lagt til grund i L 121, ikke længere som "ultimativt moderselskab". Dette er i modsætning til, hvad der var tilfældet efter L 153, hvor samtlige virksomheder, de var kontrolleret direkte eller indirekte af den danske stat, skulle omfattes af en samlet sambeskatning. Denne ændring indebærer, at sambeskatningsreglerne kun gælder for statsligt kontrollerede virksomheder i det omfang, disse i øvrigt falder ind under forslaget, hvilket eksempelvis er tilfældet for de enkelte "grene" af koncerner, der kontrolleres af staten. Dette forhold indebærer, at statskontrollerede virksomheder derved behandles mere lempeligt end virksomheder, hvor det ultimative moderselskab er en privatejet virksomhed. Det er åbenbart, at det efter de foreslåede regler vil indebære en væsentlig fordel for en koncern, såfremt de enkelte dele af koncernen kan splittes op i mindre dele. I afsnit 5 vurderes den foretagne ændring af koncerndefinitionen i forhold til EF-traktatens regler om statsstøtte.

Det må antages, at den lempeligere skattemæssige behandling, som statskontrollerede virksomheder er underkastet i medfør af lovforslaget indebærer, at lovforslaget på dette punkt må betragtes som **en ulovlig statsstøtte**, der ikke er forenelig med EF-traktatens artikel 87.

### **Medlemsstaternes forpligtelse til at overholde fællesskabsretten**

Enhver myndighed i en medlemsstat er forpligtet til at medvirke til, at gældende fællesskabsret overholdes. Det dokumenteres (nedenfor afsnit 6), at den danske regering i henhold til **artikel 10 EF**, er retligt forpligtet til at foretage en retlig prøvelse af ethvert lovforslag, der fremsættes for Folketinget. En sådan prøvelse skal dokumentere, at lovforslaget ikke indeholder regler, hvorved virkeliggørelsen af EF-traktatens målsætninger bringes i fare. Det dokumenteres på baggrund af de oplysninger, der fremgår af bemærkningerne til lovforslaget;

at den **retlige prøvelse** af de fællesskabsretlige aspekter vedrørende L 121, som har været foretaget af skatteministeriet og justitsministeriet, lider af så **væsentlige fejl og mangler**, at dette i sig selv indebærer, at den danske regering har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 10 EF, sammenholdt med artikel 43 EF og artikel 56 EF.

### **Retfærdiggørelse af de foreslåede regler**

Da det som anført er utvivlsomt, at de foreslåede regler om hhv. national og international sambeskatning indebærer en **hindring** for to af de grundlæggende traktatsikrede frihedsrettigheder, skal skatteministeren føre behørig dokumentation for, at samtlige generende foranstaltninger, der er indeholdt i L 121, kan **retfærdiggøres** i henhold til de af EF-domstolen opstillede kriterier. Det fremgår af bemærkningerne til lovforslag L 121, at de foreslåede ændringer i sambeskatningsreglerne kan begrundes med **saglige hensyn**, og at de **ikke er mere indgribende end nødvendigt**.

Det er efter fællesskabsretten imidlertid alene afgørende, om en generende national foranstaltning kan begrundes i **tvungende samfundsmæssige hensyn**, og dette begreb skal fortolkes væsentligt mere snævert end begrebet "saglige hensyn". Det må på baggrund af de bemærkninger, der er fremsat til lovforslaget antages, at det er Skatteministeriets opfattelse, at reglerne om obligatorisk sambeskatning kan retfærdiggøres under henvisning til "**sammenhængen i beskatningsordningen**" er et sådant "**sagligt formål**", at dette kan retfærdiggøre reglerne om tvungen sambeskatning.

Det er dokumenteret i mit notat af 10. januar d.å., at det for så vidt angår beskatning af to eller flere selskaber i en koncern, der udgør selvstændige retssubjekter, er udelukket, at "sammenhængen i beskatningsordningen" kan udgøre et tvingende samfundsmæssigt hensyn i fællesskabsretlig henseende. Dette skyldes, at "sammenhængen i beskatningsordningen" alene kan anvendes til retfærdiggørelse af restriktioner, der rammer en og samme disposition, og da kun såfremt denne disposition er foretaget af en bestemt skatteyder. Det dokumenteres **supplerende**, at det tilsvarende er udelukket at retfærdiggøre de foreslåede regler under henvisning til det tvingende samfundsmæssige hensyn, der betegnes som "**territorialprincippet**".

Det anføres i bemærkningerne, at de foranstaltninger, der er indeholdt i L 121, ikke går videre end nødvendigt, fordi det ønskede formål ikke kan nås på en mindre indgribende måde. Det dokumenteres, at den vurdering af indgrebets proportionalitet, som er foretaget af skatteministeriet, er i **klar strid med det fællesskabsretlige proportionalitetsprincip**. Det kan således konstateres;

at hverken "sammenhængen i beskatningsordningen" eller "territorialprincippet" udgør et sådant **tvungende samfundsmæssigt hensyn**, at en henvisning til disse hensyn kan retfærdiggøre en national foranstaltning, der vedrører flere skattepligtige personer eller virksomheder, og at de foreslåede regler om obligatorisk sambeskatning derfor ikke kan anses for at være retfærdiggjort.

at de foreslåede regler angående obligatorisk sambeskatning **går langt videre, end det er nødvendigt** for at opnå et **lovligt formål**.

at de foranstaltninger, der er indeholdt i forslaget derfor er i strid med fællesskabsretten.



### Samlet konklusion:

Det kan på baggrund af de analyser, der er foretaget i dette notat sammenholdt med mit notat af 10. januar d.å. **med sikkerhed konkluderes**, at de foreslåede regler vedrørende hhv. national og international sambeskatning, som er indeholdt i L 121, indebærer dels en **tilsidesættelse af etableringsfriheden**, dels en **hindring for hhv. etableringsfriheden og kapitalens fri bevægelighed**, som ikke er forenelig med gældende fællesskabsret. Skatteministeren har ikke dokumenteret, at de foreslåede regler kan retfærdiggøres i henhold til de af EF-domstolen opstillede betingelser vedrørende retfærdiggørelse af generende nationale foranstaltninger på det skatteretlige område. Samlet set må det på denne baggrund anbefales, at lovforslag L 121 trækkes tilbage i sin helhed.

## 2. Oversigt over L 121

### 2.1 Obligatorisk national sambeskatning

For så vidt angår principperne bag de foreslåede ændringer i reglerne om sambeskatning, henvises til mit notat af 10. januar d.å., eftersom disse er videreført uændret i L 121 sammenlignet med L 153

Bestemmelsen vedrørende national sambeskatning lyder i L 121 som følger:

**L 121 § 1, nr. 16 (Ft SEL § 31, stk. 1):** *“Koncernforbundne selskaber og foreninger mv. omfattet af § 1, stk. 1, nr. 1-2a, 2d-2g, 3a-5, 5b, eller § 2, stk. 1, litra a og b, sambeskattes. Alle koncernforbundne danske selskaber og foreninger mv. samt faste driftssteder og faste ejendomme beliggende i Danmark deltager i sambeskatningen. I stk. 2-16 sidestilles faste ejendomme med faste driftssteder.”*

Det bemærkes, at den foreslåede regel om national sambeskatning for selskaber, der i skattemæssig henseende er hjemmehørende i Danmark, omfatter ikke blot dansk registrerede aktie- og anpartsselskaber, der er skattepligtige til Danmark, men tillige aktie- og anpartsselskaber, som i *selskabsretlig henseende* er hjemmehørende i en anden stat, men som har placeret *ledelsens sæde* i Danmark, jvf. selskabsskattelovens § 1, stk. 6.

### 2.2 International sambeskatning

I forslaget til selskabsskattelovens § 31 A, stk. 1- stk. 14, opstilles regler vedrørende sambeskatning af selskaber, der i skattemæssig henseende anses for at være hjemmehørende i udlandet (International sambeskatning). De foreslåede regler vedrørende international sambeskatning er fortsat baseret på det såkaldte “globalpuljepincip”, der blev lanceret med L 153. L 121 indebærer imidlertid en række i hovedsagen tekniske ændringer i forhold til L 153 for så vidt angår international sambeskatning.

Det er nu det ultimative moderselskab, der med bindende virkning for samtlige koncernens selskaber tillægges kompetence til at træffe beslutning om, hvorvidt samtlige de koncernforbundne selskaber, der i skattemæssig henseende er hjemmehørende uden for Danmark, og samtlige filialer, af koncernforbundne selskaber, der er beliggende uden for Danmark, skal indgå i sambeskatningen. Ved et ultimativt moderselskab forstås det selskab, som er moderselskab uden at være datterselskab, jvf. Ft SEL § 31, stk. 1, 4. pkt.

Det bemærkes hertil, at en beslutning om at indgå i en sambeskatning kun kan træffes af de dertil kompetente organer (bestyrelse eller generalforsamlingen) i det enkelte koncernselskab. Det “ultimative moderselskab” kan således **ikke lovligt tillægges kompetence** til at træffe denne beslutning på vegne af samtlige koncernforbundne selskaber, og de foreslåede regler indebærer på dette punkt et **fundamentalt brud med grundlæggende selskabsretlige principper**.

Det ultimative moderselskab anses som udgangspunkt som administrationsselskab for en international sambeskatning (Ft SEL § 31 A, stk. 4, 1. pkt.). Hvis dette selskab ikke er skattepligtigt til

Danmark i henhold til SEL § 1 eller § 2, eller hvis det ikke deltager i sambeskatningen, skal der udpeges et administrationsselskab i koncernen, der i skattemæssig henseende anses for hjemmehørende i Danmark.

### 2.3 Koncernbegrebet i L 121

Det koncernbegreb, der var lagt til grund for anvendelse af reglen vedrørende tvungen sambeskatning i lovforslag L 153, var baseret på bestemmelsen i kursgevinstlovens § 4, stk. 2. For så vidt angår den koncerndefinition, der er lagt til grund i L 121, er der på dette punkt tale om en betydelig ændring i forhold til L 153. I L 121 er koncerndefinitionen baseret på det koncernbegreb, der kendes fra det syvende selskabsretlige direktiv og dermed også fra aktieselskabslovens § 2 (hhv. anpartsselskabslovens § 3).

Den definition af koncernbegrebet, der var lagt til grund i L 153, ville havde haft den konsekvens, at samtlige aktieselskaber og andre selskaber, der var omfattet af de foreslåede regler, som blev kontrolleret af **den danske stat**, skulle indgå i én samlet national sambeskatning. Da den danske stat ikke anses for "ultimativt moderselskab" i henhold til den koncerndefinition, der er lagt til grund i L 121 (Ft SEL § 31 C), indebærer dette, at de virksomheder, der kontrolleres af den danske stat, ikke længere skal omfattes af en samlet sambeskatning. Statsligt kontrollerede virksomheder skal efter det seneste forslag kun sambeskattes i det omfang, det i øvrigt følger af L 121, hvilket eksempelvis indebærer, at de enkelte "grene" af statens virksomheder nu skal sambeskattes hver for sig.

## 3. Solidarisk hæftelse for visse koncernselskaber

### 3.1 Ændringer i forhold til L 153

Med lovforslag L 153 havde skatteministeren lagt op til et historisk brud med princippet om, at en aktionær eller anpartshaver kun hæfter for selskabets gæld med sit kapitalindskud. Lovforslag L 153 indeholdt således i § 1, nr. 9 (forslag til SEL § 31, stk. 7, 7. pkt.) følgende bestemmelse vedrørende koncernforbundne selskabers hæftelse for koncernens skattegæld:

*"De sambeskattede selskaber hæfter solidarisk for indkomstskat, acontoskat, restskat samt tillæg og renter vedrørende indkomståret".*

Som dokumenteret i mit notat af 10. januar d.å., ville en sådan regel have medført helt uoverskuelige konsekvenser for de hæftende selskaber. Det er derfor positivt, at skatteministeren med fremsættelsen af L 121 har lagt op til en væsentlig lempelse af hæftelsesreglen. Det må imidlertid konstateres, at der fortsat er væsentlige retlige problemer forbundet med de hæftelsesregler, der er foreslået i L 121, idet visse koncernselskaber fortsat pålægges at hæfte for andre koncernselskabers skattegæld.

### 3.2 Hæftelsesreglen ved national sambeskatning

Den foreslåede regel vedrørende national sambeskatning (Ft SEL § 31) indeholder følgende bestemmelser, der er af betydning for spørgsmålet om hæftelsen over for de danske myndigheder for koncernselskabernes skat:

**Ft SEL § 31, stk. 4, 1.-3. pkt.:** *"Ved national sambeskatning udpeges det øverste moderselskab, der deltager i sambeskatningen som administrationsselskab i sambeskatningen. Findes der ikke et dansk skattepligtigt øverste moderselskab, men flere sideordnede dansk skattepligtige søsterselskaber, udpeges et af søsterselskaberne, der deltager i sambeskatningen, som administrationsselskab. I så fald hæfter de dansk skattepligtige søsterselskaber solidarisk for indkomstskat, acontoskat, restskat samt tillæg og renter vedrørende indkomståret."*

**Ft SEL § 31, stk. 4, 8.-11. pkt.:** *“Den samlede indkomstskat vedrørende indkomståret for de sambeskattede selskaber påhviler administrationselskabet. Dette gælder også restskat, tillæg og renter. Tilsvarende tilkommer overskydende skal og godtgørelse administrationselskabet. Hvert enkelt sambeskattet selskab hæfter for den del af skatten, der vedrører den del af indkomsten, som fordeles til selskabet.”*

I bemærkningerne til L 121 findes følgende kommentarer om hæftelsesspørgsmålet:

(Indledende bemærkninger) *“I L 153 hæftede alle sambeskattede selskaber solidarisk for skatten af sambeskatningsindkomsten. Hæftelsen er modificeret i nærværende forslag, således at kun administrationselskabet – og i den internationale sambeskatning det ultimative moderselskab – hæfter (solidarisk) for hele skatten, mens hvert enkelt selskab kun hæfter for sin del af skatten. Det vurderes, at formålet med en generel solidarisk hæftelse ikke står mål med ulempen i form af usikkerhed om den økonomiske påvirkning af de sambeskattede selskaber set i sammenhæng med den foreslåede koncerndefinition og obligatorisk national sambeskatning.”*

(bemærkninger til Ft SEL § 31, stk. 4) *“I det gældende regelsæt hæfter de sambeskattede selskaber solidarisk for indkomstskat, acontoskat, restskat samt tillæg og renter vedrørende indkomståret. Dette foreslås ændret, således at den samlede indkomstskat påhviler administrationselskabet. De øvrige selskaber hæfter kun for den del af skatten, der vedrører den del af indkomsten, som fordeles til det enkelte selskab. Der foreslås dog en enkelt modifikation til dette. Hvis koncernen ikke har ét dansk moderselskab og derfor har udpeget et af flere søsterselskaber som administrationselskab, hæfter de øvrige søsterselskaber solidarisk for indkomstskatten mv.”*

På baggrund af lovforslaget og de tilhørende bemærkninger, må det, med betydelig usikkerhed antages, at det har været skatteministerens opfattelse, at retstilstanden for så vidt angår hæftelsesspørgsmålet i en national sambeskatning efter lovforslaget skal være som følger:

De enkelte selskaber i koncernen hæfter over for de danske skattemyndigheder for den del af koncernens skat mv., der vedrører den del af indkomsten, som fordeles til de respektive selskaber.

Administrationsselskabet hæfter over for de danske skattemyndigheder sammen med hvert enkelt af koncernens selskaber, som er omfattet af sambeskatningen, for den skat mv., der påhviler disse selskaber, for indkomståret.

Såfremt koncernens øverste moderselskab ikke i skattemæssig henseende er hjemmehørende i Danmark, hæfter flere sideordnede “søsterselskaber”, der i skattemæssig henseende er hjemmehørende i Danmark, solidarisk med de enkelte koncernselskaber, der er omfattet af sambeskatningen, over for de danske myndigheder for disse selskabers samlede skat mv. vedrørende indkomståret.

### **3.3 Hæftelsesreglen ved international sambeskatning**

Bestemmelsen i Ft SEL § 31 A, stk. 4, 1.-4. pkt., lyder som følger:

*“Ved international sambeskatning er det ultimative moderselskab administrationselskab. Såfremt det ultimative moderselskab ikke er skattepligtigt efter §§ 1 eller 2 eller ikke deltager i sambeskatningen, skal der udpeges et administrationselskab, som er omfattet af § 31, stk. 1. Udpegningen sker efter samme kriterier som i § 31, stk. 4. Selvom der udpeges et administrationselskab, hæfter det ultimative moderselskab solidarisk for indkomstskat, acontoskat, restskat samt tillæg og renter*

*vedrørende indkomståret."*

I bemærkningerne til lovforslaget fremsættes følgende bemærkninger vedr. hæftelsesreglen i den internationale sambeskatning:

*(afsnit 3.3) "Ligesom det er tilfældet ved national sambeskatning afskaffes den generelle solidariske hæftelse ved international sambeskatning og skatten påhviler administrationsselskabet. I forlængelse af at det er den samlede koncerns globale aktiviteter, der beskattes, når der vælges international sambeskatning, foreslås det, at det ultimative moderselskab hæfter solidarisk for skatten af koncernens indkomst. Det ligger i naturlig sammenhæng med, at det er det ultimative moderselskab, som har bestemmende indflydelse over alle andre selskaber i koncernen, og dermed er det selskab, som beslutter, om der skal være international sambeskatning. Det vil også være i det ultimative moderselskabs koncernregnskab, at kreditorerne vil kunne finde oplysninger om koncernens samlede skatteforpligtelser."*

*(afsnit 10 vedr. EU-ret) "Når international sambeskatning vælges, hæfter kun det ultimative moderselskab solidarisk for skattekravet mod koncernens selskaber. Dermed skabes en tilstrækkelig og nødvendig sikkerhed for, at det skattekrav som opstår mod koncernen(s selskaber) kan håndhæves. Hæftelsen sikrer mod, at skattekravet er placeret i et administrationsselskab, som ikke har tilstrækkelige midler til at afregne skatten.*

*Koncernen beskattes som en enhed – enten på baggrund af koncernens samlede aktiviteter i Danmark (national sambeskatning) eller hvis koncernen anmoder herom af koncernens globale aktiviteter (international sambeskatning). Den solidariske hæftelse er pålagt det selskab, som har bestemmende indflydelse over den del af koncernen, som vælges beskattet som en enhed – ud fra enhedens samlede skatteevne. Det ultimative moderselskab vil med aflæggelsen af koncernregnskabet skulle redegøre for koncernens samlede skatteforpligtelser. Den solidariske hæftelse vil derfor ikke skabe usikkerhed hos eventuelle kreditorer i det ultimative moderselskab.*

*Hæftelsen for skatterne i de sambeskattede selskaber er dermed udformet på en sådan måde, at opkrævningen af skatten af den samlede koncerns aktiviteter kan håndhæves, samtidig med, at der ikke skabes usikkerhed hos kreditorer og investorer i relation til deres økonomiske engagement i koncernen."*

*(Til Ft SEL § 31 A, stk. 4): "Det foreslås, at det ultimative moderselskab hæfter solidarisk for indkomstskat, acontoskat, restskat samt tillæg og renter vedrørende indkomståret, uanset om moderselskabet er dansk eller ej. Hvert enkelt dansk selskab hæfter kun for sin del af indkomstkatten mv., jf. henvisningen i § 31 A, stk. 1, til reglerne i § 31."*

På baggrund af lovforslaget og de tilhørende bemærkninger, må det, med megen usikkerhed, antages, at det har været skatteministerens mening, at retstilstanden for så vidt angår hæftelsesspørgsmålet i en international sambeskatning efter forslaget skal være som følger:

De enkelte selskaber i koncernen, der indgår i den internationale sambeskatning, hæfter over for de danske myndigheder for den del af koncernens skat mv., der vedrører den del af indkomsten, som fordeles til selskabet.

Administrationsselskabet, der skal være hjemmehørende i Danmark i skattemæssig henseende, hæfter kun for sin egen del af skatten.

Det ultimative moderselskab hæfter over for de danske skattemyndigheder solidarisk med de enkelte koncernselskaber for disses skat mv. for indkomståret.

### 3.4 Formelle problemer med de nye hæftelsesregler.

De foreslåede regler angående visse koncernselskabers hæftelse over for de danske skattemyndigheder er meget uklart formuleret, hvilket er særdeles uheldigt, når der henses til den meget store betydning disse regler vil kunne få i en stor koncern.

Danske selskaber og filialer, der indgår i en national sambeskatning, og hvis skat betales af administrationselskabet, skal forpligte sig til at betale et beløb til administrationselskabet svarende til den betalte indkomstskat samt en eventuel underskudsudnyttelse (Ft SEL § 31, stk. 6, 2. pkt.). De nævnte betalinger skal ikke tillægges skattemæssige konsekvenser for selskaberne.

Det fremgår af Ft SEL § 31, stk. 4, 8. pkt., at den samlede indkomstskat vedrørende indkomståret "*påhviler*" administrationselskabet. Det er umiddelbart klart, at der er væsentlig forskel på, at en betaling "*påhviler*" et bestemt retssubjekt, og at et bestemt retssubjekt "*hæfter*" for den pågældende betaling. Det forhold, at betalingen "*påhviler*" et retssubjekt, har alene betydning for, hvem der med frigørende virkning kan betale den relevante gæld til tredjemand. Såfremt et retssubjekt hæfter for en betaling, indebærer dette, at tredjemand kan gøre krav på betalingen gældende over for den pågældende.

Det er klart, at såfremt et selskab, der er omfattet af en obligatorisk sambeskatning, ikke har betalt et skattekrav for indkomståret med frigørende virkning over for skattemyndighederne ved at overføre det skyldige beløb til administrationselskabet. Hvis administrationselskabet undlader at foretage rettidig betaling af koncernens skat til skattemyndighederne, hæfter hvert enkelt koncernselskab fortsat over for skattemyndighederne for selskabets andel af den uafregnede skat. Hvis administrationselskabet undlader at afregne modtagne beløb, hæfter administrationselskabet over for de enkelte koncernselskaber for den manglende afregning, og ledelsen i administrationselskabet vil efter omstændighederne blive erstatningsansvarlige over for de enkelte koncernselskaber for disses tab, som opstår på grund af den manglende eller forsinkede afregning af skatten.

Det fremgår imidlertid ikke direkte af lovtæksten, hvorvidt administrationselskabet skal pålægges en egentlig hæftelse for de enkelte koncernselskabers del af den skyldige skat. Dette fremgår alene af bemærkningerne. Det er *retssikkerhedsmæssigt stærkt betænkeligt*, at skatteministeriet tilsyneladende vil pålægge visse koncernselskaber en betydelig økonomisk byrde, der alene kan støttes på bemærkningerne til lovforslaget.

Hvis det øverste moderselskab i koncernen ikke i skattemæssig henseende er hjemmehørende i Danmark, fremgår det af lovtæksten, at flere sideordnede danske "*søsterselskaber*" hæfter solidarisk for "*indkomstskat, acontoskat, restskat samt tillæg og renter vedrørende indkomståret.*" Det fremgår imidlertid hverken af bestemmelseernes ordlyd eller af bemærkningerne, **hvilke af koncernens selskaber** de hæftende selskaber skal hæfte solidarisk **sammen med**. Er det eksempelvis kun de omtalte "*søsterselskaber*", der hæfter solidarisk *med hinanden* for koncernens skat? Eller hæftes der solidarisk sammen med samtlige de koncernselskaber, der indgår i sambeskatningen, men ikke med hinanden? Det fremgår hverken af bemærkningerne eller af lovtæksten, udtrykkeligt **hvad** der hæftes solidarisk **for**. Er det koncernens samlede skat, eller er det kun den del af skatten, der eksempelvis påhviler de enkelte søsterselskaber?

Når der henses til, at koncernens samlede skatteforpligtelse for et indkomstår kan være betydelig, og at den økonomiske forpligtelse for administrationselskabet derfor kan angår meget store beløb, er det ud fra et *retssikkerhedsmæssigt synspunkt stærkt betænkeligt*, at omfanget af den hæftelsesforpligtelse, der pålægges visse af koncernens selskaber (administrationselskabet, hhv. flere søsterselskaber samt det ultimative moderselskab), ikke fremgår med tilstrækkelig klarhed af selve lovtæksten.

### 3.5 De nye hæftelsesregler er fremdeles i strid med fællesskabsretten

I mit notat af 10. januar 2005 (afsnit 2.1-2.3) har jeg givet en detaljeret redegørelse for de mange væsentlige retlige problemer, som en regel om solidarisk hæftelse for koncernens skattegæld giver anledning til, dels i relation til national ret, dels i relation til fællesskabsretten. Her skal blot fremhæves, at uanset om de foreslåede hæftelsesregler nu er begrænset til at gælde for visse af de koncernforbundne selskaber (administrationsselskabet, hhv. søsterselskaber og det ultimative moderselskab), så medfører de foreslåede regler fortsat de samme stærkt problematiske konsekvenser for de selskaber, der pålægges solidarisk hæftelse, som det var tilfældet med den generelle hæftelsesregel i L 153 (jvf. hertil nærmere notatets afsnit 2.2).

De nye hæftelsesregler er tillige fortsat et problem i fællesskabsretlig henseende. I SE-forordningen, (Forordning (EF) 2157/2001), jvf. dennes artikel 1, stk. 2, er det udtrykkeligt bestemt at: **“hver aktionær hæfter kun for et beløb svarende til den kapital, den pågældende har tegnet”**. Såfremt et koncernselskab, der pålægges solidarisk hæftelse i henhold til L 121, ejer blot en enkelt aktie i et SE-selskab, der er omfattet af sambeskatningen, kan det konstateres, at det hæftende selskab pålægges at en hæftelse for SE-selskabets forpligtelser, der går ud over koncernselskabets del af SE-selskabets kapital. De foreslåede hæftelsesregler indeholdt i L 121 er derfor i åbenbar strid med SE-forordningens artikel 1, stk. 2, i de tilfælde, hvor et solidarisk hæftende selskab ejer blot en enkelt aktie i et SE-selskab, som er omfattet af sambeskatningen.<sup>4</sup>

Tilsvarende gælder, at hvor et koncernforbundet selskab, der pålægges solidarisk hæftelse i henhold til L 121, ejer samtlige anparter eller aktier i et aktie- eller anpartsselskab, som er omfattet af sambeskatningen, pålægges det hæftende selskab derved en forpligtelse i forhold til det helejede datterselskab, der går ud over det kapitalindskud, som selskabet har foretaget i pågældende datterselskab. Som anført i mit notat af 10. januar d.å., indebærer det 12. selskabsretlige direktiv (**direktiv 89/667 EØF**), at der i de enkelte medlemsstater skal være adgang til at stifte helejede anpartsselskaber, *hvor selskabsdeltagerne kun hæfter med deres kapitalindskud*. Såfremt det i en medlemsstat tillades at stifte enmands-aktieselskaber, hvilket er tilfældet i Danmark, gælder direktivets regler tilsvarende for disse, jvf. direktivets artikel 6.

Det kan derfor uden nogen tvivl konkluderes, at regler, der er indeholdt i L 121, hvorefter visse koncernselskaber pålægges at hæfte for andre koncernselskabers skattegæld, er i strid med det 12. selskabsretlige direktiv, i de tilfælde hvor det selskab, der pålægges solidarisk hæftelse i henhold til L 121, ejer samtlige anparter eller aktier i et datterselskab, der indgår i sambeskatningen.

Endelig gælder, som anført i mit notat af 10. januar 2005, at det vil være i strid med EF-domstolens praksis angående selskabers etableringsfrihed (artikel 43 EF, jvf. artikel 48 EF), såfremt et selskab i medfør af L 121 pålægges solidarisk hæftelse for et datterselskabs skattegæld, i tilfælde hvor datterselskabets faktiske hovedsæde er beliggende i Danmark, men hvor datterselskabet i selskabsretlig henseende er hjemmehørende i en anden medlemsstat.

Det fremgår af bemærkningerne til L 121, at skatteministeriet tilsyneladende er af den opfattelse, at de foreslåede hæftelsesregler kan *retfærdiggøres*. Det anføres således i bemærkningerne, at de foreslåede hæftelsesregler må anses for nødvendige, dels for at håndhæve sambeskatningsreglerne, dels under henvisning til, at det ultimative moderselskab har bestemmende indflydelse i koncernen.

For så vidt angår SE-forordningen bemærkes, at denne er **umiddelbart gældende** i Danmark, jvf. artikel 249 EF, og at bestemmelsen gælder undtagelsesfrit. Det 12. selskabsretlige direktiv indeholder tilsvarende ingen undtagelsesmuligheder, og dets bestemmelser er **umiddelbart anvendelige** i dansk ret. For så vidt angår artikel 48 EF angår, bemærkes at de hensyn, som skatteministeriet påberåber sig for at retfærdiggøre hæftelsesreglerne i L 121, udtrykkeligt er underkendt af EF-domstolen i dennes dom af 30. september 2003 i sag C-167/01, *Inspire Art*, jvf. dommens præmis 142. Det bemærkes tillige, at en regel om, at visse koncernselskaber pålægges at hæfte solidarisk for andre koncernselskabers skattegæld, under alle omstændigheder går videre end nødvendigt til opnå-

<sup>4</sup>Jvf. Hertil nærmere mit notat af 10. januar 2005, afsnit 2.3.

else af formålet. Hvert enkelt af de sambeskattede selskaber hæfter jo efter de almindelige regler over for de danske skattemyndigheder for den del af koncernens samlede skat for indkomståret, der tilregnes selskabet.

Den særstatus, der efter forslaget skal tilkomme de danske skattemyndigheder, vil utvivlsomt indebære, at skattemyndighederne får betydeligt bedre muligheder for at inddrive skatterestancer hos selskaber, der bliver omfattet af reglerne om obligatorisk sambeskatning. Den fordel, som skattemyndighederne herved tildeler sig selv, sker naturligvis på bekostning af de private kreditorer og mindretalsaktionærerne, hvis rettigheder er knyttet til de koncernforbundne selskaber, som efter L 121 pålægges en solidarisk hæftelse.

Samlet set kan det **med sikkerhed konkluderes**, at de foreslåede regler i L 121 er i **åbenbar strid med SE-forordningen**, jvf. dennes artikel 1, stk. 2, med **det 12. selskabsretlige direktiv**, samt med **artikel 43 EF**, jvf. artikel 48 EF, idet det omfang disse bestemmelser finder anvendelse som beskrevet ovenfor.

#### **4. L 121 indebærer en tilsidesættelse af retten til valg af etableringsform ved sekundær etablering (artikel 43 EF)**

##### **4.1 Retten til sekundær etablering**

EF-traktatens artikel 43 giver personer og selskaber, jvf. artikel 48 EF, en ubetinget ret til at etablere sig i andre medlemsstater gennem en sekundær etablering. Ved en sekundær etablering forstås, at etableringen kan ske gennem *et agentur, en filial eller et datterselskab*. Retten til fri etablering gennem et datterselskab, en filial eller et agentur indebærer for det første, at værtsmedlemsstaten ikke må diskriminere mellem de pågældende etableringsformer. Bestemmelsen i artikel 43 EF indebærer imidlertid tillige, at det selskab, der ønsker at gennemføre en sekundær etablering i en anden medlemsstat, *har ret til frit at vælge den blandt de forskellige former for sekundær etablering, der passer selskabet bedst*.<sup>5</sup> Der er tale om en helt fundamental rettighed,<sup>6</sup> som udtrykkeligt er tilsikret virksomheder ved bestemmelsen i artikel 43 EF.<sup>7</sup> Wolfgang Schön konkluderer således i Festschrift für Marcus Lutter (2000), s. 685-706 (s. 693), følgende angående valget mellem sekundær etablering gennem på den ene side en filial og på den anden side et datterselskab:

*“Beide Alternativen müssen nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes gleichmässig zu Gebote stehen; Diskriminierungen selbständiger und unselbständiger Niederlassungen hat der Gerichtshof in mehreren Urteilen für rechtswidrig erklärt und damit die freie Wahl der Form des Zweigbetriebs zum Norminhalt von art. 43 EG erklärt.”*

##### **4.2 Retten til sekundær etablering gælder også for skatteretlige regler**

At retten til ved sekundær etablering at vælge den blandt de forskellige former for etablering, der passer virksomheden bedst, også gælder i forhold til medlemsstaternes skatteretlige regler, blev

<sup>5</sup>Jvf. hertil nærmere Søren Friis Hansen, Skattepolitisk Oversigt 2004, s. 415-437, hvor det dokumenteres, at den såkaldte transparensbestemmelse i selskabsskattelovens § 2 A, indebærer at det trufne valg vedrørende etablering af et datterselskab i Danmark tilsidesættes i skatteretlig henseende, og at bestemmelsen derfor er i strid med EF-traktatens artikel 43 EF, jvf. artikel 48 EF:

<sup>6</sup>Se tillige Werlauff, Selskabsret (5. udg. 2003), s. 38, og samme, EU-selskabsret (3. udg. 2002), s. 24, der fremhæver, at en etablerende virksomhed har ret til frit at vælge mellem de forskellige etableringsformer.

<sup>7</sup>Se hertil Wolfgang Schön, European Business Organisational Law Review 2001, s. 339-364. Schön anfører (s. 344): *“Article 43 paragraph 1 sentence 2 prohibits “restrictions on the setting-up of agencies, branches or subsidiaries by nationals of any Member States established in the territory of any member States”. By mentioning “branches” on the one hand and “subsidiaries” on the other, article 43 makes it clear that the so-called secondary freedom of establishment is aimed at giving undertakings the possibility of cross-border establishment of both legally independant and legally dependant subdivisions in another Member State.”* Schön anfører videre (s. 346): *“The idea of freedom of choice between an independant and a dependant cross-border establishment can therefore not only be found in article 43 paragraph 1 sentence 2 EC, but it also complies to a great extent with the objectives of the EC Treaty.”*

allerede slået fast ved Domstolens afgørelse af 28. januar 1986 i sag 270/83, Kommissionen mod Frankrig.<sup>8</sup> Ved sin afgørelse af 21. september 1999 i sagen C-307/97, Saint-Gobain, slog EF-domstolen atter fast, at retten til frit valg mellem de forskellige etableringsformer har umiddelbar virkning for medlemsstaternes skatteretlige regler. Sagen angik en tysk filial af det franske selskab Saint-Gobain SA. Saint-Gobain var begrænset skattepligtig til Tyskland. De tyske skattemyndigheder nægtede at indrømme Saint-Gobains faste driftssted i Tyskland nogle skattemæssige fordele vedrørende beskatning af udbytte af kapitalandele i udenlandske kapitalselskaber, idet disse skattefordele var forbeholdt selskaber, der var ubegrænset skattepligtige til Tyskland. Domstolen konstaterede i denne forbindelse, jvf. dommens præmis 34, at:

*“Den ret til frit at etablere sig, som medlemsstaternes statsborgere har i henhold til traktatens artikel 52, [nu artikel 43 EF] og som indebærer adgang til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed samt til at oprette og lede virksomheder på de vilkår, som i etableringslandets lovgivning er fastsat for landets egne statsborgere, omfatter i henhold til traktatens artikel 58 [nu artikel 48 EF] en ret for selskaber, som er stiftet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og hvis vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed er beliggende inden for Fællesskabet, til at udøve virksomhed i den pågældende medlemsstat via et datterselskab, en filial eller et agentur (jf. dom af 16.7.1998, sag C-264/96, ICI, Sml. I, s. 4695, præmis 20, og de dér citerede afgørelser). De samme bestemmelser indebærer for statsborgere i Fællesskabet, der har udøvet etableringsretten, og for selskaber, som ligestilles med disse, at de skal sikres national behandling i modtagelsesmedlemsstaten.”*

Domstolen konstaterede herefter, at de i sagen omhandlede tyske skatteregler medførte, at de skattemæssige fordele, der tilfaldt selskaber, som var ubegrænset skattepligtige til Tyskland, indebar en lempelse af skattebyrden for de selskaber, der kunne opnå disse fordele. Det fulgte heraf, at udenlandske selskaber, der var etableret i Tyskland gennem en filial, befandt sig i en mindre fordelagtig situation, end de selskaber, der var hjemmehørende og dermed fuldt skattepligtige til Tyskland. Domstolen konkluderede herefter:

*(Domstolens dom i sag C-307/97, præmis 42): “Under disse omstændigheder gør afslaget på at indrømme ikke-hjemmehørende selskabers faste driftssteder i Tyskland de skattemæssige fordele, som hovedsagen angår, det mindre attraktivt for disse selskaber at være indehavere af kapitalandele gennem tyske filialer, idet de pågældende skattelempler i henhold til den tyske lovgivning og dobbeltbeskatningsoverenskomsterne kun kan opnås af tyske datterselskaber, der som juridiske personer er ubegrænset skattepligtige, hvilket derved begrænser den frihed til at vælge den mest hensigtsmæssige retsform for udøvelse af virksomhed i en anden medlemsstat, som de erhvervsdrivende udtrykkeligt tilkendes ved traktatens artikel 52, stk. 1, andet punktum” [nu artikel 43, min fremhævelse, SFH].*

Det kan på baggrund af Domstolens klare udtalelse uden nogen tvivl konkluderes, at en medlemsstat efter gældende fællesskabsret er afskåret fra at indføre skatteretlige regler, hvorved der opstilles hindringer, som indebærer, at den traktatsikrede ret til at vælge mellem de forskellige former for sekundær etablering i den pågældende medlemsstat, begrænses for virksomheder, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat. I sagen C-114/97, skulle Domstolen tage stilling til en spansk regel, der foreskrev, at udøvelse af vagtvirksomhed i Spanien kun kunne ske inden for rammerne af sel-

<sup>8</sup>Det hedder således i sammendraget af dommen, punkt 3: *“I henhold til artikel 52, stk. 1, andet punktum har de erhvervsdrivende udtrykkeligt mulighed for frit at vælge, under hvilken juridisk form de vil udøve virksomhed i en anden medlemsstat, og denne valgmulighed må ikke begrænses af diskriminerende bestemmelser.”*



skaber, hvis vedtægtsmæssige hjemsted var placeret i Spanien. Domstolen konkluderede, at den pågældende regel var i strid med gældende fællesskabsret, eftersom den forhindrede udenlandske vagtvirksomheder i at etablere sig i Spanien gennem en filial.<sup>9</sup>

Det er således ubetinget den virksomhed, der ønsker at etablere sig i en medlemsstat, der har ret til at vælge den etableringsform, der passer virksomheden bedst.

#### 4.3 Kvalifikation af sekundær etablering i henhold til L 121

Såfremt et selskab hjemmehørende i en anden medlemsstat måtte ønske sig at gennemføre en sekundær etablering i Danmark gennem et datterselskab, vil dette datterselskab, såfremt koncernen allerede er etableret i Danmark gennem et andet datterselskab, være omfattet af reglerne i L 121 angående obligatorisk national sambeskatning (Ft SEL § 31). Det nystiftede datterselskab vil således i skattemæssig henseende i henhold til Ft SEL § 31, **IKKE blive betragtet som et selvstændigt skattesubjekt**, men derimod som en dansk filial i forhold til koncernens øvrige selskaber i Danmark.

Det kan på baggrund af det ovenstående med sikkerhed konkluderes, at reglerne om obligatorisk national sambeskatning er i åbenbar strid med den traktatsikrede etableringsfrihed, som i henhold til artikel 43 EF, jvf. artikel 48 EF, tilkommer selskaber fra andre medlemsstater.

Retten til sekundær etablering tilkommer imidlertid ikke blot selskaber, der er hjemmehørende i andre medlemsstater. Et selskab, der er hjemmehørende i Danmark, har en traktatfæstet ret til at gennemføre en sekundær etablering i andre medlemsstater, og det etablerende danske selskab har derved som dokumenteret ovenfor ret til frit at kunne vælge mellem en etablering gennem en retlig selvstændig enhed (et datterselskab), eller en etablering, hvorved der ikke skabes en selvstændig retlig enhed (en filial).

Det følger imidlertid af reglerne i L 121 vedrørende det såkaldte "globalpuljebegreb", at såfremt et dansk selskab etablerer en filial i en anden medlemsstat, vil denne filial i skattemæssig henseende blive betragtet som et selvstændigt skattesubjekt.

Det kan på denne baggrund konstateres, at de foreslåede regler om obligatorisk sambeskatning indebærer en klar tilsidesættelse af den ret, som en etablerende virksomhed har i medfør af EF-traktatens artikel 43 til frit at kunne vælge den for virksomheden mest hensigtsmæssige retsform ved udøvelse af virksomhed i en anden medlemsstat, som udtrykkeligt er tilkendt erhvervsdrivende selskaber ved EF-traktatens artikel 43. Det følger således umiddelbart af artikel 43 EF, at det er udelukket for en medlemsstat at indføre regler om obligatorisk sambeskatning, og at dette gælder både for så vidt angår national sambeskatning og international sambeskatning.

### 5. Indebærer sambeskatningsreglerne i L 121 statsstøtte?

#### 5.1 Nationale skatteregler kan indebære statsstøtte

I henhold til EF-traktatens artikel 87, er enhver form for statsstøtte forbudt. Det er utvivlsomt, at nationale skatteregler kan indebære en ulovlig form for statsstøtte. Dette er tilfældet, såfremt en national skatteregel, hvorved de omfattede virksomheder begunstiges, ikke har generel karakter, men hvor den pågældende begunstiggelse derimod alene tilkommer visse virksomheder i eller uden for den pågældende medlemsstat.<sup>10</sup> En medlemsstat, der påtænker at indføre en foranstaltning, der indebærer en statsstøtte, skal notificere Kommissionen, jvf. EF-traktatens artikel 88, stk. 3. En medlemsstat må ikke iværksætte en beslutning om at yde statsstøtte, før Kommissionen på baggrund af en notifikation har truffet beslutning om at godkende den pågældende statsstøtte.

Ved Domstolens dom af 3. oktober 2002, opretholdt Domstolen således en beslutning fra Kommissionen fra juni 2001. Beslutningen angik franske skatteregler, hvorved bygning af et bestemt krydstogtskib var blevet finansieret ved, at investorerne var blevet tildelt skattemæssige fordele. EF-

<sup>9</sup>Jvf. Domstolens afgørelse af 29. oktober 1998 i sag C-114/97, præmis 31.

<sup>10</sup>Jvf. hertil Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen, EU-retten (3. udg. 2004), s. 878f.

domstolen opretholdt Kommissionens beslutning. Tilsvarende opretholdt Domstolen ved sin dom af 28. januar 1998 en beslutning fra Kommissionen mod Italien. Italien havde for indkomståret 1992 indført et fradrag i indkomstskatten for italienske virksomheder, der udøvede vejgodstransport. Denne sag angik alene spørgsmålet om tilbagesøgning af den ulovlige statsstøtte, idet der var enighed om, at den pågældende nationale skatteretlige foranstaltning udgjorde en ulovlig statsstøtte.

EU-kommissionen har offentliggjort en meddelelse angående anvendelse af statsstøttereglerne på foranstaltninger vedrørende direkte beskatning af virksomheder.<sup>11</sup> Det fremgår af denne meddelelse, at en national foranstaltning, der i øvrigt ikke er undtaget fra statsstøttereglerne, anses for statsstøtte, hvis fire kriterier er opfyldt:

1. Foranstaltningen skal give modtageren en fordel, som mindsker de byrder, der normalt belaster deres budget.
2. Fordelen skal være ydet af staten eller ved hjælp af statsmidler.
3. Den pågældende foranstaltning skal påvirke konkurrencevilkårene og samhandlen mellem medlemsstaterne.
4. Foranstaltningen skal være specifik, forstået således at den begunstiger visse virksomheder eller visse produkter.

Det hedder om anvendelse af statsstøttereglerne på nationale skatteregler i meddelelsens punkt 16:

*“Det mest relevante for anvendelsen af artikel 92, stk. 1 [nu artikel 87, stk. 1], på en skatteforanstaltning er dog, at der med foranstaltningen indføres en undtagelse i skattesystemet til fordel for visse af medlemsstatens virksomheder”.*

## **5.2 Udgør koncerndefinitionen i L 121 en ulovlig statsstøtte?**

Det er åbenbart, at det vil indebære betydelige fordele for en koncern, såfremt denne kan opsplitte koncernen i mindre enheder ved anvendelse af de foreslåede regler om obligatorisk sambeskatning i L 121. En sådan opsplittning af en koncern i flere subkoncerner, hvor det kun er de enkelte subkoncerner, der er omfattet af reglerne om obligatorisk sambeskatning, vil således eksempelvis formindske de administrative omkostninger, formindske omfanget af administrationsselskabets solidariske hæftelse (ovenfor afsnit 3) og gøre det mere attraktivt at vælge international sambeskatning.

Hvis man sammenligner koncerndefinitionen, der var lagt til grund i det oprindelige lovforslag (L 153), med den koncerndefinition, der er lagt til grund i L 121, jvf. Ft SEL § 31 C, bliver det klart, at en række bestemte retssubjekter, der i det oprindelige forslag blev betragtet som “moderselskaber” ikke længere betragtes som et “ultimativt moderselskab”. Det drejer sig først og fremmest om virksomheder, hvor staten har bestemmende indflydelse. Dette indebærer, at de enkelte virksomheder, hvor staten er det “ultimative moderselskab” efter det reviderede lovforslag ikke skal underkastes en samlet obligatorisk national sambeskatning. Statskontrollerede virksomheder skal i følge L 121 kun underlægges en pligt til obligatorisk sambeskatning, i det omfang staten kontrollerer et selskab, der i sig selv betragtes som “ultimativt moderselskab” i forhold til andre selskaber, der kontrolleres af dette i medfør af Ft SEL § 31 C. Herved opnår statskontrollerede koncerner klart en skattemæssig begunstigelse i forhold til koncerner, hvor det ultimative moderselskab er et privat-ejet selskab. Det forhold, at staten kan udøve bestemmende indflydelse over et aktieselskab, er udtrykkeligt forudsat i aktieselskabsloven. Et aktieselskab anses således i henhold til lovens § 2a, som et statsligt aktieselskab, såfremt den danske stat har samme forbindelse til selskabet, som et moder-

<sup>11</sup>Jvf. Kommissionens meddelelse 89/C 384/03, gengivet i EFT C 384 af 10. december 1998, s. 3-9.

selskab har til et datterselskab, jvf. aktieselskabslovens § 2.

Den økonomiske begunstiggelse, som de enkelte statskontrollerede subkoncerner opnår som en følge af, at den danske stat ikke betragtes som "ultimativt moderselskab" i henhold til Ft SEL § 31 D, er ydet af staten selv i dennes egenskab af lovgiver. Det må vurderes konkret, om det for de enkelte virksomheder, der er undtaget fra en "total" sambeskatning i medfør af L 121, foreligger en sådan fordel, at konkurrencevilkårene og samhandlen mellem medlemsstaterne påvirkes. Hertil kræves blot, at de virksomheder, der nyder godt af begunstigelsen, udøver en økonomisk aktivitet, der er genstand for samhandel mellem medlemsstaterne.<sup>12</sup>

Begunstigelsen ses ikke at være omfattet af en af undtagelserne fra forbuddet mod statsstøtte, jvf. artikel 87, stk. 2, EF.

Det fremgår ikke af bemærkningerne til L 121, at spørgsmålet om, hvorvidt den ændring af koncerndefinitionen, der er foretaget i forbindelse med L 121 sammenlignet med L 153, kan udgøre et problem i forhold til EF-traktatens bestemmelse om ulovlig statsstøtte.

### 5.3 Sammenfatning vedrørende statsstøtte

De statslige virksomheder, der er hjemmehørende i Danmark, som ikke skal indgå i en samlet obligatorisk sambeskatning, men derimod kun i "grenspecifikke" sambeskatninger, kan klart identificeres. Disse virksomheder opnår på grund af den ændrede koncerndefinition, der er lagt til grund i L 121 en skattemæssig fordel, som mindsker disse virksomheders omkostninger sammenlignet med virksomheder, hvor et privat selskab er "det ultimative moderselskab". De foranstaltninger, der er indeholdt i L 121, skal derfor vurderes i forhold til bestemmelserne om statsstøtte i EF-traktatens artikler 87-89.

Det må på denne baggrund antages, at det forhold, at den danske stat – i modsætning til de oprindeligt foreslåede regler i L 153 – ikke længere betragtes som et "ultimativt moderselskab" i medfør af Ft SEL § 31 C, indebærer en sådan begunstiggelse af de statsligt kontrollerede virksomheder, at der foreligger en statsstøtte i medfør af EF-traktatens artikel 87, i det omfang de pågældende statslige virksomheder udøver sådanne aktiviteter, udøver en økonomisk aktivitet, der er genstand for samhandel mellem medlemsstaterne.

## 6. Medlemsstaternes forpligtelse til overholdelse af fællesskabsretten

### 6.1 Medlemsstaternes loyalitetsforpligtelse (Artikel 10 EF)

Bestemmelsen i EF-traktatens artikel 10 lyder som følger:

*"Stk. 1. Medlemsstaterne træffer alle almindelige eller særlige foranstaltninger, som er egnede til at sikre opfyldelsen af de forpligtelser, som følger af denne traktat, eller af retsakter foretaget af Fællesskabets institutioner. De letter Fællesskabet i gennemførelsen af dets opgaver.*

*Stk. 2. De afholder sig fra at træffe foranstaltninger, der er egnede til at bringe virkeliggørelsen af denne traktats målsætning i fare."*

Det faktum, at fællesskabsretten har **forrang** for national ret, udledes af EF-traktatens artikel 10. Artikel 10 EF indebærer dels en pligt til at handle (jvf. stk. 1), dels en undladelsespligt for medlemsstaterne. Medlemsstaterne er således underlagt en retlig pligt til at undlade at træffe foranstalt-

<sup>12</sup>Jvf. Kommissionens meddelelse vedrørende statsstøtte, punkt 11. Se tillige EF-domstolens dom i sag C-156/98, Tyskland mod Kommissionen, jvf. dommens præmis 33, der lyder: "Når støtte, som ydes af en stat eller ved hjælp af statsmidler, styrker en virksomheds position i forhold til andre virksomheder, som den konkurrerer med i samhandelen inden for Fællesskabet, må det antages, at denne samhandel påvirkes af støtten (jf. dom af 17.9.1980, sag 730/79, Philip Morris Holland mod Kommissionen, Sml. s. 2671, præmis 11, og af 21.3.1991, sag C-303/88, Italien mod Kommissionen, Sml. I, s. 1433, præmis 17)."

ninger, der kan bringe Traktatens virkeliggørelse i fare.<sup>13</sup> Det følger af EF-traktatens Artikel 10, stk. 2, at medlemsstaternes lovgivende organer har pligt til at undlade at vedtage national lovgivning, der er uforenelig med gældende fællesskabsret. EF-domstolen slog således allerede dette fast ved sin dom af 9. marts 1978, i sag 106/77, Simmenthal II. Domstolen anfører således, jvf. dommens præmis 17:

*“Det fremgår desuden af princippet om fællesskabsrettens forrang, at de bestemmelser i Traktaten og retsakter fra institutionerne, som gælder umiddelbart, for medlemsstaternes nationale ret ikke blot alene i medfør af deres ikrafttræden, bevirker, at enhver modstridende bestemmelse i den eksisterende nationale lovgivning uden videre bliver uanvendelig, men også – for så vidt som disse bestemmelser og retsakter udgør en integrerende del, som har forrang i den retsorden, der gælder på den enkelte medlemsstats område – at nye love ikke gyldigt kan udstedes i det omfang, de måtte være uforenelige med fællesskabsreglerne”.* (min fremhævelse, SFH)

Det følger umiddelbart af EF-traktatens artikel 10, stk. 2, at enhver medlemsstat, forinden en lovgivning vedtages af det kompetente organ i medlemsstaten, har pligt til at lade lovforslaget underkaste en prøvelse af lovforslagets lovmedholdelighed i forhold til gældende fællesskabsret.

## 6.2 De foreslåede regler indebærer en restriktion

I mit notat af 10. januar er det (jvf. afsnit 3) dokumenteret, at det er gældende fællesskabsret, at nationale skatteretlige regler skal vurderes i forhold til de traktatsikrede frihedsrettigheder i forhold til såvel det fællesskabsretlige **diskriminationsforbud** som det fællesskabsretlige **restriktionsforbud**. Dette indebærer, at hvor en national skatteregel indebærer en generende national foranstaltning, skal medlemsstaten retfærdiggøre denne. Det blev dokumenteret, at såvel reglerne om obligatorisk national sambeskatning som reglerne om international sambeskatning, såfremt de måtte blive vedtaget af Folketinget, utvivlsomt vil indebære en **generende national foranstaltning**, der skal prøves i forhold til såvel EF-traktatens bestemmelser om etableringsfrihed (**artikel 43, jvf. artikel 48 EF**), som kapitalens fri bevægelighed (**artikel 56 EF**). Da de grundlæggende træk i globalpuljeprincippet i alt væsentligt er ført uændret videre med L 121, kan der generelt henvises til mit notat af 10. januar. Det skal herefter vurderes, om de foreslåede regler kan retfærdiggøres ud fra Domstolens praksis.

EF-domstolen har i sin faste praksis opstillet helt klare betingelser for, at en medlemsstat kan retfærdiggøre generende nationale foranstaltninger. Domstolen anfører herom, jvf. eksempelvis dom af 21. november 2002 i sag C-336/02, X og Y, præmis 49<sup>14</sup>:

*“Det bemærkes hertil, at en restriktion for etableringsfriheden som den pågældende nationale bestemmelse kun kan være berettiget, hvis bestemmelsen har et lovligt formål, som er foreneligt med traktaten og er begrundet i tvingende almene hensyn. I så fald kræves det desuden, at foranstaltningen er egnet til at sikre virkeliggørelsen af det pågældende mål og ikke går ud over, hvad der er*

<sup>13</sup>Se hertil von Bogdany i Grabitz/Hilf, EGV Art. 10, Rdnr. 10 (20. Ergänzunglieferung, august 2002): ”Für die Unterlassungspflicht sind tatbestandliche Voraussetzungen genannt: Es ist die **Gefährdung** der Verwirklichung der Ziele des Vertrages. Es stellt eine eigenständige Verletzung dar, wenn Massnahmen der Mitgliedstaaten die konkrete **Möglichkeit** der Verletzung einer Bestimmung des Gemeinschaftsrechts in sich bergen.“ (forfatterens egne fremhævelser, SFH)

<sup>14</sup>Se tillige Domstolens dom af 12. december 2002 i sag C-324/00, Lankhorst-Hohorst, præmis 33. I tidligere afgørelser fra EF-domstolen forudsattes, det, at restriktion kunne retfærdiggøres, hvis den: 1) blev anvendt uden forskelsbehandling, 2) var begrundet i tvingende samfundsmæssigt hensyn, 3) var egnet til at sikre sit formål, og 4) ikke gik videre end nødvendigt, jvf. eksempelvis Domstolens dom af 9. marts 1999 i sag C-212/97, Centros, præmis 34. Domstolen har i sine seneste afgørelser begrænset sig til at prøve hindringer i forhold til de tre kriterier, der er anført ovenfor. En foranstaltning, der indebærer en indirekte diskrimination, er også en hindring, som skal retfærdiggøres i henhold til disse kriterier.

*nødvendigt for at nå dette mål”.*

Den test, der skal gennemføres i tilfælde af, at en national foranstaltning viser sig at være en restriktion, betegnes som den såkaldte “Gebhard-test”.<sup>15</sup> Gebhard-testen indebærer, at den lovgivende myndighed i enhver medlemsstat, i forbindelse med den lovgivningsprocedure, der går forud for den formelle vedtagelse af en lov, har en egentlig retlig pligt til at foretage en særlig prøvelse af en påtænkt restriktiv national foranstaltning, hvorved den myndighed, der har initiativet i forbindelse med lovgivningsproceduren, skal føre behørig dokumentation for:

at den foreslåede foranstaltning ikke indebærer en diskrimination af borgere og virksomheder fra andre medlemsstater

at den foreslåede foranstaltning er begrundet i et **tvungende samfundsmæssigt hensyn**

at foranstaltningen er egnet til at opfylde det mål, den forfølger, samt at

at foranstaltningen ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå dette mål.

### 6.3 Skatteministeriets prøvelse af L 121

Indledningsvis bemærkes, at det ikke fremgår af bemærkningerne til L 121, hvilke fællesskabsretlige retsakter, der har været genstand for prøvelse. Det må betegnes som kritisabelt, eftersom det jo svækker muligheden for at kontrollere, om den retlige prøvelse, der er gennemført, opfylder de krav, der gælder i så henseende. For så vidt angår restriktionsforbuddet anføres følgende i bemærkningerne til L 153 (afsnit 10):

*“Det er særdeles vanskeligt at vurdere, om de foreslåede regler indebærer en restriktion efter EU-retlige regler”.*

Efterfølgende anføres det, at det foreslåede beskatningssystem kan retfærdiggøres under henvisning til den direkte sammenhæng mellem de omfattede transaktioner (nedenfor afsnit 6.4). Det må på baggrund af bemærkningerne formentlig antages, at det er skatteministeriets opfattelse, at de foranstaltninger, der er indeholdt i L 121, faktisk indebærer en restriktion. Det bestrides i hvert fald ikke af skatteministeriet. Det er som ovenfor dokumenteret, at dette utvivlsomt er tilfældet. Det er imidlertid kritisabelt, at skatteministeriet ikke i bemærkningerne klart har givet udtryk for, om forslaget efter ministeriets opfattelse indebærer en restriktion. Såfremt skatteministeriet ikke med sikkerhed kan afgøre, om en foranstaltning, der er indeholdt i et af ministeriet fremsat lovforslag, indebærer en restriktion eller ej, følger det af den loyalitetsforpligtelse, der påhviler Danmark i henhold til artikel 10 EF, at ministeriet har en egentlig retlig pligt til at lade den pågældende foranstaltning udgå af lovforslaget, forinden det fremsættes for folkettinget.<sup>16</sup>

<sup>15</sup>Jvf. Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen, EU-retten (3. udg. 2004), s. 538f.

<sup>16</sup>Erik Werlauff og Nikolaj Vinther fremfører i Skat Udland, 2005, 3 (s. 21) følgende – noget overraskende – synspunkt: *“Enhver, der beskæftiger sig med at føre eller pådømme retssager, ved at intet er sikkert, før dommen er skrevet, afsagt og forkyndt. Dette gælder også, hvor der er tale om en dom fra en regional domstol som EF-Domstolen, der i givet fald vil godkende eller underkende et eller flere landes lovregler på et bestemt område. Ingen kan derfor med sikkerhed udtale sig om den fællesskabsretlige lovmedholdelighed af et lands skatteregler, før der er faldet dom fra EF-Domstolen om spørgsmålet.”* Forfatterne synes herved at have overset betydningen af medlemsstaternes forpligtelser i henhold til EF-traktatens artikel 10. Det følger som anført af den fællesskabsretlige loyalitetspligt, at myndighederne i en medlemsstat er underlagt en egentlig retlig forpligtelse til at foretage en retlig prøvelse af en planlagt national foranstaltning, der vedrører en problemstilling, som er omfattet af fællesskabsretten. Kun i de tilfælde, hvor medlemsstatens myndigheder **med sikkerhed** kan konkludere, at forslaget ikke er i strid med gældende fællesskabsret, kan foranstaltningen nyde fremme i lovgivningsprocessen. Den blotte **mulighed** for, at en national foranstaltning

#### 6.4 Foreligger der et tvingende samfundsmæssigt hensyn

Bemærkningerne til L 121 angående lovforslagets fællesskabsretlige konsekvenser (afsnit 10) må nærmest forstås således, at det eneste argument, der fremføres som retfærdiggørelse af den tvungne udenlandske sambeskatning "sammenhængen i skattesystemet", om end dette ikke fremgår udtrykkeligt. Det hedder således:

*"Der foreligger ikke praksis, hvor EF-domstolen har taget stilling til et beskatningssystem, der som udgangspunkt bygger på et territorialprincip, man hvor der er mulighed for at vælge at inddrage indkomst fra danske selskabers udenlandske filialer og fra udenlandske koncernforbundne selskabers aktiviteter i udlandet.*

*Det vurderes imidlertid, at det foreslåede beskatningssystem etablerer en sådan direkte sammenhæng mellem den manglende indregning af eventuelle underskud hidrørende fra udlandet og den manglende beskatning af de modsvarende indtægter, at den forskellige skattemæssige behandling som i princippet også kan "fravælges", vil blive anset som en saglig forskelsbehandling.*

*Dette støttes af, at intet tilsiger, at det følger af EU-retten, at der skal være adgang til frit at vælge, hvilke aktiviteter, der skal påvirke indkomstopgørelsen. Det foreslåede globalpulje-princip et netop begrundet i, at det for at undgå "cherry-picking" er nødvendigt at udenlandsk indkomst fra filialer og koncernforbundne selskaber enten inddrages samlet under dansk beskatning eller slet ikke tages i betragtning ved opgørelsen af den danske skattepligtige indkomst. A samme grund er det nødvendigt at behandle udenlandske filialer og udenlandske koncernforbundne selskaber på samme måde, fordi selskaberne ellers kunne unddrages dansk beskatning ved blot at lade de udenlandske underskudsgivende aktiviteter udøve af udenlandske filialer, mens overskudsgivende aktiviteter lægges i selskaber, der ikke inddrages under dansk beskatning."*

Det bemærkes indledningsvist, at en prøvelse af, om der foreligger afgørelser, hvor EF-domstolen tidligere har underkendt en beskatningsordning angående obligatorisk sambeskatning, som den, der er lagt op til med L 121, er helt irrelevant i forhold til en fællesskabsretlig prøvelse af L de foranstaltninger, der er indeholdt i L 121. For det første er en sådan prøvelse helt utilstrækkelig i relation til den såkaldte "Gebhard-test". For det andet er det i det konkrete tilfælde fuldstændigt meningsløst at undersøge, om der findes en dom vedrørende et sådant beskatningssystem. Dette skyldes, at ingen andre medlemsstater har indført en så vidtgående regel vedrørende obligatorisk sambeskatning, som den, der lægges op til med L 121. Det er derfor indlysende – og helt irrelevant – at konstatere, at der ikke foreligger afgørelser fra EF-domstolen, som tager stilling til en national regel om obligatorisk sambeskatning.

Det bemærkes endvidere, at det efter EF-domstolens faste praksis alene er afgørende for, om en generende national foranstaltning kan retfærdiggøres, at foranstaltningen kan begrundes under henvisning til et "tvingende samfundsmæssigt hensyn" (jvf. ovenfor afsnit 6.2), hvilket uden tvivl er et snævrere begreb end "saglige hensyn".

#### 6.5 Anvendelse af "sammenhængen i beskatningsordningen som retfærdiggørelse

Det er i mit notat af 10. januar d.å. (jvf. notatets afsnit 4) dokumenteret, at det i henhold til EF-domstolens faste retspraksis er **fuldstændigt udelukket** at retfærdiggøre en national skatteretlig foranstaltning, der rammer flere selskaber i en koncern under henvisning til "sammenhængen i beskatningsordningen". Dette skyldes, at dette hensyn kun kan påberåbes, hvor foranstaltningen ram-

---

kan indebære en tilsidesættelse af fællesskabsretten, indebærer som anført, at medlemsstaten er underlagt en egentlig retlig pligt til at undlade at iværksætte den pågældende foranstaltning. Det faktum, at skatteministeriets skøn angående en et lovforslags lovmedholdelighed i forhold til fællesskabsretten, efterfølgende kan blive tilsidesat af EF-domstolen eller Højesteret, fritager naturligvis ikke skatteministeriet fra de retlige forpligtelser, der påhviler medlemsstaterne i henhold til artikel 10 EF.

mer en og samme transaktion i forhold til en og samme skatteyder.

EF-domstolen har således senest ved sin dom af 10. marts 2005, i sag C-39/04, Laboratoires Fournier SA, udtrykkeligt bekræftet, at sammenhængen i beskatningsordningen under ingen omstændigheder kan retfærdiggøre en bestemmelse, hvorved der gøres forskel på, om et selskab er hjemmehørende i den medlemsstat, der ønsker at gennemføre en generende foranstaltning, eller i en anden medlemsstat. Sagen vedrørte en fransk skatteregel, hvorefter der kun kunne gives fradrag i et fransk selskabs skattepligtige indkomst for udgifter til forskning, såfremt forskningen blev udført i Frankrig. Domstolen konkluderede hertil:

#### Præmis 16

*“En sådan lovgivning medfører en forskelsbehandling på grundlag af stedet for tjenesteydelsens udførelse, hvilket er i strid med artikel 49 EF.”*

#### Præmis 17

*“Heroverfor anfører den franske regering imidlertid, at denne forskelsbehandling er en direkte følge af det skattemæssige territorialprincip, som Domstolen udtrykkeligt har anerkendt i dommen af 15. marts 1997 i sagen Futura Participations og Singer (sag C-250/95, Sml. I, s. 2471, præmis 22), hvorfor den ikke kan anses for at indebære en åbenlys eller skjult forskelsbehandling i strid med EF-traktaten.”*

#### Præmis 18

*“Den sidstnævnte sag vedrørte imidlertid spørgsmålet om, hvorvidt nationale skattebestemmelser, som fandt anvendelse på hjemmehørende og ikke hjemmehørende virksomheder, var forenelige med traktatens bestemmelser om den frie etableringsret, hvorimod tvisten i den foreliggende hovedsag drejer sig om, hvorvidt nationale skattebestemmelser er forenelige med traktaten, såfremt de indrømmer virksomheder, der er etableret i en medlemsstat, skattemæssige fordele, men kun for så vidt angår tjenesteydelser, der er præsteret for deres regning inden for den pågældende medlemsstat. Sådanne bestemmelser strider mod artikel 49 EF, da de, om end indirekte, er baseret på tjenesteyderens etableringssted og dermed kan hindre hans grænseoverskridende virksomhed.”*

#### Præmis 19

*“Det skal dog undersøges, om den forskelsbehandling, som sådanne bestemmelser medfører, kan være berettiget efter traktatens bestemmelser om fri udveksling af tjenesteydelser.”*

#### Præmis 20

*Herom bemærkes, at Domstolen ganske vist har anerkendt i Bachmann-dommen (nævnt ovenfor, præmis 28) og dommen af 28. januar 1992 i sagen Kommissionen mod Belgien (sag C-300/90, Sml. I, s. 305, præmis 21), at nødvendigheden af at sikre sammenhængen i en beskatningsordning kan begrunde en begrænsning af udøvelsen af de grundlæggende friheder, der er sikret ved traktaten. Efterfølgende har Domstolen dog præciseret, at der i Bachmann-sagen og i sagen Kommissionen mod Belgien var en direkte forbindelse for den samme indkomstskattepligtige person mellem retten til at fradrage forsikringspræmier i den skattepligtige indkomst og den senere beskatning af de beløb der blev udbetalt af forsikringsselskaber i henhold til aftaler om alderspensionsforsikring og forsikring mod risikoen for dødsfald, hvilken sammenhæng det var nødvendigt at bevare for at opretholde sammenhængen i den pågældende beskatningsordning (jf. bl.a. dom af 14.11.1995, sag C-484/93, Svensson og Gustavsson, Sml. I, s. 3955, præmis 18, og af 7.9.2004, sag C-319/02, Manninen, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 42). Når der ikke består en sådan direkte forbindelse, kan argumentet om nødvendigheden af at sikre sammenhængen i beskatningsordningen ikke påberåbes (jf. bl.a. dommen i sagen Weidert og Paulus, nævnt ovenfor, præmis 20 og 21).”*

Præmis 21

*"I en situation som den, der foreligger i hovedsagen, er der ingen sådan direkte forbindelse mellem på den ene side den almindelige selskabsskat og på den anden side et skattefradrag for en del af de forskningsudgifter, som afholdes af en virksomhed."*

Det må på denne baggrund konkluderes, at det er udelukket at henvise til "sammenhængen i beskatningsordningen", når den nationale foranstaltning, der skal retfærdiggøres, rammer flere forskellige skattesubjekter, som det er tilfældet med de foreslåede regler om obligatorisk sambeskatning i L 121.

### 6.6 Anvendelse af territorialprincippet som retfærdiggørelse

Det kan på baggrund af skatteministeriets bemærkninger ikke udelukkes, at ministeriet er af den opfattelse, at de generende nationale foranstaltninger, der er indeholdt i L 121, kan retfærdiggøres under henvisning til det såkaldte "territorialprincip". Det fremgår imidlertid klart af den ovenfor citerede præmis 18 i Domstolens dom af 10. marts 2005 i sag C-39/04, Laboratoires Fournier, at territorialprincippet ikke vil kunne retfærdiggøre en foranstaltning, der som det er tilfældet med de foreslåede regler om sambeskatning, pålægger et selskab en restriktion, fordi et koncernforbundet selskab er hjemmehørende i en anden medlemsstat og er underkastet beskatning der. Se hertil udtrykkeligt EF-domstolens dom af 18. september 2003, i sagen C168/01, Bosal, præmis 30-40.<sup>17</sup>

Præmis 38:

*"I denne forbindelse bemærkes, at den anvendelse af territorialprincippet, der er foretaget i Futura Participations og Singer-dommen vedrørte beskatning af én skattepligtig, der udøvede virksomhed i den medlemsstat, hvor hovedvirksomheden blev drevet, samt i andre medlemsstater i form af sekundær virksomhed."*

Præmis 39:

*"Henset til de faktiske omstændigheder i hovedsagen, og som generaladvokaten har anført i punkt 50 og 51 i forslaget til afgørelse, er argumentet om, at den forskellige skattemæssige behandling af moderselskaberne er begrundet i, at de datterselskaber, der opnår overskud, der er skattepligtigt i Nederlandene, og de, der ikke gør, ikke befinder sig i sammenlignelige situationer, uden relevans. Den omhandlede forskellige skattemæssige behandling berører nemlig moderselskaberne afhængigt af, om de råder over eller ikke råder over datterselskaber, der opnår overskud, der er skattepligtigt i Nederlandene, selv om disse moderselskaber alle har hjemsted i denne medlemsstat. For så vidt angår den skattemæssige situation for moderselskaberne med hensyn til deres datterselskabers overskud må det imidlertid konstateres, at overskuddet ikke er skattepligtigt for moderselskaberne, uanset om overskuddet hidrører fra datterselskaber, der er skattepligtige i Nederlandene, eller fra andre datterselskaber."*

Præmis 40:

*"Domstolen har desuden i et tilfælde, som vedrørte et datterselskabs beskatningsordning, der varierende afhængigt af moderselskabets hovedsæde, fastslået, at forskellen i de skatteretlige regler, der var gældende for moderselskaber, alt efter, om de var hjemmehørende eller ej, ikke kunne begrunde, at datterselskaber, som var hjemmehørende i Det Forenede Kongerige, men hvis moderselska-*

<sup>17</sup>Se tillige udtrykkeligt Andreas Körner, Internationales Steuerrecht 2004, s. 253-271 (s. 263): "Allerdings setzt nach der dies andeutenden Rechtsprechung des EugH auch eine Rechtfertigung nach dem Territorialitätsprinzip **Personenidentität** voraus; eine Gesellschaft kann nicht deshalb eine Beschränkung unterworfen werden, weil ein mit ihr verbundenes Unternehmen in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und/oder dort der Besteuerung unterworfen wird". (min fremhævelse SFH)



*ber havde hjemsted i en anden medlemsstat, blev nægtet en skattemæssig fordel, som datterselskaber, der var hjemmehørende i Det Forenede Kongerige, og hvis moderselskaber ligeledes var hjemmehørende i denne medlemsstat, kunne opnå, idet alle datterselskaberne skulle svare »mainstream corporation tax« (almindelig selskabsskat) af deres overskud, uanset hvor moderselskabet var hjemmehørende (dom af 8.3.2001, forenede sager C-397/98 og C-410/98, Metallgesellschaft m.fl., Sml. I, s. 1727, præmis 60).”*

Det kan på denne baggrund konkluderes, at det tillige er fuldstændigt udelukket at retfærdiggøre de foranstaltninger vedrørende obligatorisk sambeskatning, der er indeholdt i L 121 under henvisning til territorialprincippet, eftersom sambeskatningsreglerne netop rammer flere forskellige retssubjekter, der er hjemmehørende i og som beskattes i forskellige medlemsstater.

### **6.7 Proportionalitetsprøvelsen**

Såfremt en generende national foranstaltning skal kunne retfærdiggøres, er det som anført en betingelse, at den nationale foranstaltning ikke er mere indgribende for etableringsfriheden, end det er nødvendigt til opnåelse af dette formål. I denne forbindelse skal det i øvrigt understreges, at det følger af Domstolens faste praksis, at det forhold, at en skattepligtig tildeles en fordel, ikke kan retfærdiggøre en ugunstig skattemæssig behandling af skatteyderen, der udgør en hindring.

Det bemærkes, at det fremgår af bemærkningerne til L 121 (afsnit 10) vedrørende de foreslåede foranstaltningers proportionalitet:

*“Det vurderes endvidere, at det ønskede formål med reglerne ikke kan opnås på en mindre indgribende måde.”*

Det er i mit notat af 10. januar 2005 (afsnit 4.3) dokumenteret, at det formål, der ligger bag det “såkaldte globalpulje-princip”, der er grundlaget for L 121, **ikke lovligt kan forfølges af en medlemsstat**. Selv hvis man måtte lægge til grund, at det forfulgte formål faktisk var lovligt i forhold til gældende fællesskabsret, er den proportionalitetsprøvelse, der tilsyneladende er foretaget af skatteministeriet i forbindelse med prøvelsen af L 121, imidlertid stærkt vildledende, og konklusionen er åbenbart fejlagtig.

Det følger således af EF-domstolens helt faste praksis, at det ved afgørelsen af, om en generende national foranstaltning er proportional, skal foretages en vurdering af, om den foreslåede foranstaltning er egnet til at sikre virkeliggørelsen af det formål, der forfølges, og om foranstaltningen går ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå dette formål. Det er således efter gældende fællesskabsret ikke afgørende, om den foranstaltning, der ønskes gennemført af en medlemsstat, ikke kan gennemføres på en mindre indgribende måde, men derimod om den konkrete foranstaltning går videre end nødvendigt til opfyldelse af det - i fællesskabsretlig henseende lovlige - formål, der ligger bag foranstaltningen. Den foretagne vurdering af proportionaliteten, der er foretaget af Skatteministeriet, er således irrelevant ved afgørelsen af, om de foranstaltninger, der er indeholdt i L 121 kan retfærdiggøres i henhold til gældende fællesskabsret. Skatteministeriet har således ikke dokumenteret, at de foreslåede foranstaltninger opfylder kravet om proportionalitet.

Afslutningsvis bemærkes, at det fremgår flere steder af lovforslaget, at en af årsagerne til at skatteministeriet har fremsat forslaget har været, at værnereglen i ligningslovens § 5 H ikke har fungeret tilfredsstillende. I forhold til den fællesskabsretlige proportionalitetsprøvelse havde det unægteligt været mere nærliggende, om man havde undersøgt mulighederne for at foretage en ændring af den pågældende værnbestemmelse, forinden skatteministeren havde fremlagt et forslag, der lægger op til den største omkalfatring af dansk selskabsbeskatning siden vedtagelsen af statsskatteloven i 1903.

## 7. Sammenfatning

### 7.1 Lovforslag L 121 indebærer en klar tilsidesættelse af fællesskabsretten

Det er ovenfor dokumenteret, at de foreslåede regler, hvorefter administrationsselskabet skal hæfte solidarisk for koncernens skattegæld, indebærer en tilsidesættelse af SE-forordningens artikel 1, stk. 2, i tilfælde, hvor det hæftende selskab er selskabsdeltager i et koncernforbundet SE, af det 12. selskabsretlige direktiv skaber i tilfælde, hvor det hæftende selskab er eneste anpartshaver (hhv. aktionær) i et koncernforbundet selskab, samt af artikel 43 EF i de tilfælde, hvor det hæftende selskab har placeret ledelsens sæde i Danmark, men er stiftet i henhold til en anden medlemsstats lovgivning.

Det er videre dokumenteret, at EF-traktatens regler om selskabers etableringsfrihed (artikel 43 EF, jvf. Artikel 48 EF), samt kapitalens fri bevægelighed (artikel 56 EF) finder anvendelse i tilfælde, hvor et selskab, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat, har erhvervet aktier eller anpart i et selskab, der er hjemmehørende i Danmark, eller har etableret sig i Danmark gennem en filial. Tilsvarende gælder, hvor et selskab, der er hjemmehørende i Danmark, har erhvervet aktier eller anpart i et selskab, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat, eller har etableret sig med en filial i en anden medlemsstat.

Det er ubestridt, at de foreslåede regler i L 121 angående national sambeskatning og international sambeskatning derfor skal prøves i forhold til bestemmelserne i artikel 43, 48 og 56 EF. Det er ligeledes ubestridt, at reglerne om national og international sambeskatning indebærer generende nationale foranstaltninger, og at skatteministeriet derfor skal føre bevis for, at samtlige de generende nationale foranstaltninger, der er indeholdt i forslaget, kan retfærdiggøres i henhold til de kriterier for retfærdiggørelse, der er fastlagt ved EF-domstolens praksis.

På baggrund af de oplysninger, der er tilgængelige i bemærkningerne til lovforslaget, er det ovenfor dokumenteret (afsnit 6), at den prøvelse af lovforslagets lovmedholdelighed i forhold til fællesskabsretten, der er foretaget af skatteministeriet, ikke lever op til de mindstekrav, der påhviler Danmark i henhold til EF-traktatens artikel 10.

Der er ikke i bemærkningerne til L 121 fremkommet oplysninger, som giver grundlag for at anfægte de konklusioner vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt det såkaldte "globalpuljeprincip" indebærer en tilsidesættelse af gældende fællesskabsret, der er fremdraget i mit notat af 10. januar d.å. vedrørende det oprindelige lovforslag (L 153). Lovforslag L 121 vedrørende obligatorisk dansk og international sambeskatning er således fremdeles baseret på det såkaldte "globalpuljeprincippet", og de foranstaltninger, der er indeholdt i forslaget indebærer fortsat en hindring for såvel kapitalens fri bevægelighed som for etableringsfriheden, der ikke kan retfærdiggøres.

Der er ført **supplerende dokumentation** for, at lovforslag L 121 strider mod gældende fællesskabsret. Det er således ovenfor dokumenteret (afsnit 4), at den obligatoriske sambeskatning indebærer en egentlig tilsidesættelse af den ret til at vælge den for virksomheden passende etableringsform, der udtrykkeligt er tilkendt virksomheder ved artikel 43 EF

Det kan på denne baggrund **med sikkerhed konkluderes**, at lovforslag L 121 i sin helhed indebærer en klar tilsidesættelse af gældende fællesskabsret.

For så vidt angår **konsekvenserne** af, at lovforslag L 121 indebærer en klar tilsidesættelse af gældende fællesskabsret, kan jeg i det hele henholde mig til mit notat af 10. januar d.å., jvf. nærmere notatets afsnit 5.2 og 5.3.

### 7.2 Perspektivering

Afslutningsvis bemærkes, at det må betegnes som overraskende, at skatteministeren den 2. marts 2005 fremsætter forslag til ændring af sambeskatningsreglerne, der vil indebære den største omkalfatring af dansk selskabsbeskatning siden vedtagelsen af statsskatteoven af 1903, når der henses til,

at generaladvokat Maduro forventes at fremsætte sit forslag til afgørelse i den såkaldte Marks & Spencer-sag den 6. eller 7. april 2005. Såfremt EF-domstolens afgørelse, der forventes afsagt i plenum, og som kan forventes allerede inden udgangen af 2005, går Storbritannien imod, vil dette indebære, at grundlaget for "globalpulje-princippet" endegyldigt er underkendt.

Det må forventes, at de foreslåede regler, der er indeholdt i L 121, inden længe vil blive underkastet en retlig prøvelse ved EF-domstolen. Når L 121, bliver endeligt underkendt ved EF-domstolen, vil de danske myndigheder være forpligtet til at stille de omfattede virksomheder, der kan påberåbe sig fællesskabsretten, som om lovforslaget ikke havde været i tråd kraft. Da der er tale om en kvalificeret krænkelse af fællesskabsretten, indebærer dette, at den danske stat tillige utvivlsomt vil blive erstatningsansvarlig for det tab, som de omfattede virksomheder vil lide. Det må forventes, at omkostningerne ved at "rydde op" efter L 121 bliver væsentligt større, end det provenu, som indførelse af globalpuljeprincippet angiveligt forventes at give den danske stat.

Odense den 14. marts 2005

Søren Friis Hansen  
Professor lic. jur.  
Juridisk Institut  
Syddansk Universitet